

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual
código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ignacio Aparicio Carol

DIRECTORA

Dolores Hernández Díaz-Ambrona

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA
DE LOS HIJOS EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL:
POSIBLES SOLUCIONES PARA LOS PLEITOS DE FAMILIA**

**Memoria para optar al grado de doctor presentada por
Ignacio Aparicio Carol**

Bajo la dirección de la doctora
Dolores Hernández Díaz-Ambrona

Madrid, 2017

A mis padres y mi familia, por todo lo que me habéis dado; a mis amigos, por vuestro apoyo en los momentos difíciles, y a las dos personas más importantes en mi vida: a mi mujer Paloma, por tu paciencia, apoyo, cariño y comprensión durante estos más de dieciocho años juntos, y a mi hijo Nacho, por ser el motor de mi vida y la causa de mis desvelos, deseo que seas muy feliz y que consigas todo lo que te propongas en la vida, sin olvidar que siempre debes esforzarte, y ayudar y respetar a las personas que te rodean.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mi mujer y a mi hijo su apoyo, a pesar del tiempo que no les he dedicado durante todos estos años, ya que sin ellos nunca habría terminado esta tesis doctoral. También agradezco a mi familia y a mis padres que me hayan educado en la cultura del esfuerzo y enseñado a afrontar y culminar los retos que se presentan en la vida. A mi hermano Javier, el haberme dado la oportunidad de iniciar mi andadura profesional en su despacho, cuando solo era un estudiante de derecho, enseñándome y compartiendo conmigo –durante ya veintidós años– todos y cada uno de los secretos de una profesión que seguimos ejerciendo juntos con enorme dedicación, trabajo y pasión. Quiero dar las gracias a la profesora doña Dolores Hernández Díaz-Ambrona porque, a pesar de sus múltiples ocupaciones, me ha dirigido y orientado en todos los aspectos de la tesis, dándome la oportunidad de dar clase “a sus alumnos del Cisneros”, lo que hice con muchas ganas, empeño y satisfacción, y espero seguir haciendo en el futuro. A los profesores del Cisneros doña Patricia Represa Polo y don Alberto Herranz, por sus consejos e indicaciones sobre la tramitación de la tesis. Quiero agradecer al profesor de filología don Carlos Cid Abasolo sus consejos y recomendaciones para la corrección de la tesis, y a doña Rocío Peñalta Catalán sus aportaciones, su profesionalidad e implicación en la ingente labor de corrección de la tesis. Quiero dar las gracias a todas las personas que confiaron en mí para gestionar sus procedimientos judiciales de familia, sin cuyas experiencias y problemas no habría podido realizar este trabajo. También quiero agradecer al Departamento de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid que me admitiese en su programa de doctorado. Y especialmente quiero dar las gracias a Dios y a la Virgen del Pilar por haberme dado la salud y la inspiración necesarias para terminar este trabajo.

ÍNDICE

1. La obligación alimenticia de los hijos en el Código Civil.....	11
1.1. El elemento del parentesco.....	11
1.1.1. Pluralidad de necesitados.....	13
1.2. Carácter legal y gratuito de los alimentos.....	15
1.3. La reciprocidad de la obligación de alimentos de los hijos.....	18
1.4. El elemento de necesidad.....	19
1.4.1. La determinación de la necesidad.....	21
1.5. El elemento de la posibilidad.....	24
1.5.1. La capacidad económica del deudor de alimentos.....	26
1.5.2. La relatividad.....	27
1.6. Carácter personalísimo e indisponible.....	28
1.7. Irrenunciabilidad del derecho a los alimentos.....	29
1.8. Incompensabilidad.....	32
1.9. Imprescriptibilidad de la obligación, pero sí del plazo para reclamar.....	36
1.9.1. Diferencias entre prescripción y caducidad en el ámbito de la reclamación de alimentos.....	39
2. Tratamiento doctrinal de la configuración de la obligación alimenticia de los hijos.....	43
2.1. El tratamiento de los hijos menores de edad.....	43
2.2. El tratamiento de los hijos mayores de edad no emancipados.....	48
3. Tratamiento de la pensión de alimentos de los hijos fuera del ámbito del Código Civil: comunidades autónomas y derecho europeo.....	57
3.1. La pensión de alimentos de los hijos en el ámbito de las comunidades autónomas.....	60
3.1.1. Cataluña.....	60
3.1.2. Aragón.....	64
3.1.3. Navarra.....	69
3.1.4. Comunidad Valenciana.....	71
3.1.5. País Vasco.....	73
3.2. Derecho de alimentos en el marco de la Unión Europea.....	75

3.3. Análisis de algunos supuestos concretos de la obligación de alimentos fuera del ámbito de la Unión Europea.....	98
4. La pensión de alimentos: conceptos relacionados y contenido.....	117
4.1. Pensión alimenticia, sostenimiento familiar, cargas familiares y cargas del matrimonio: tratamiento en la doctrina y similitudes y diferencias.....	117
4.1.1. Cargas familiares y del matrimonio: diferencias con los alimentos.....	119
4.1.2. Doctrina jurisprudencial en torno a las cargas del matrimonio...	120
a) Los gastos del domicilio familiar y de titularidad de la vivienda.....	121
b) Las <i>litis expensas</i>	124
4.2. El contenido de la pensión de alimentos.....	125
4.2.1. Sustento y vivienda.....	126
a) Gastos vinculados a la vivienda.....	130
4.2.2. Asistencia médica.....	134
4.2.3. Educación e instrucción.....	137
a) Material escolar.....	146
b) Gastos vinculados a la educación.....	148
5. La cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos menores y mayores de edad y los problemas que plantea.....	151
5.1. Cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad.....	151
5.2. Criterios de cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos.....	156
5.2.1. Por el tipo de custodia.....	156
5.2.2. Proporcionalidad entre el caudal de los padres y las necesidades de los hijos.....	158
5.3. Cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad..	167
5.4. Aspectos procesales en la reclamación de la pensión alimenticia de los hijos.....	182
6. La pensión alimenticia y los gastos extraordinarios: sus diferencias.....	197
6.1. Normativa aplicable.....	200
6.2. Ámbito de los gastos extraordinarios.....	203
6.2.1. Gastos necesarios.....	204
6.2.2. Gastos no necesarios.....	207
6.2.3. Gastos superfluos y suntuarios.....	209

6.3. Problemas prácticos en torno a los gastos extraordinarios.....	211
7. Formas de pago de la pensión de alimentos de los hijos.....	217
7.1. La pensión como cantidad fija.....	217
7.2. Carácter variable de la pensión de alimentos y su problemática.....	222
7.3. La inadmisibilidad del pago directo a los hijos.....	227
7.4. Acerca del mantenimiento del hijo en la propia casa a cambio de la pensión.....	230
7.5. Las tablas de alimentos como sistema de objetivación de las pensiones....	233
7.5.1. Elaboración de las tablas.....	240
7.5.2. Pautas para la utilización de las tablas en juzgados y tribunales.....	241
a) Carácter orientativo.....	241
b) Predeterminación de los ingresos y necesidades especiales de los hijos.....	242
c) Exclusión de los gastos de vivienda y educación.....	242
d) Inexistencia de necesidades especiales.....	243
e) Gastos extraordinarios.....	243
f) Aplicación de índices correctores por comunidades autónomas y tamaño de los municipios.....	243
g) Pensión mínima o de subsistencia.....	243
7.6. La actualización de la pensión alimenticia.....	245
7.6.1. Sobre la retroactividad de las actualizaciones.....	249
8. La modificación de la pensión de alimentos.....	251
8.1. Modificación de medidas y sus requisitos.....	251
8.1.1. Alteración sustancial de las circunstancias.....	256
8.1.2. Alteración sobrevenida.....	257
8.1.3. Alteración permanente.....	257
8.1.4. Alteración ajena a quien insta la modificación.....	258
8.1.5. Alteración acreditada.....	259
8.2. Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.....	259
8.2.1. Reducción de los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia.....	260
8.2.2. Dificultades para estimar los ingresos del trabajador autónomo o por cuenta propia.....	268
8.2.3. Finalización de la vida laboral: jubilación o incapacidad laboral.....	272

8.2.4. Criterios para determinar la cuantía de la reducción de la pensión de alimentos.....	275
8.2.5. Aumento de las necesidades del progenitor obligado al pago.....	277
8.2.6. Incremento de los gastos como consecuencia de haber contraído un nuevo matrimonio.....	280
8.2.7. Nacimiento de nuevos hijos.....	281
8.2.8. Otros factores que inciden en la capacidad económica del progenitor.....	288
8.2.9. Cambio de convivencia por parte de los hijos.....	296
8.2.10. Disminución de las necesidades de los hijos.....	297
8.3. Aumento de la cuantía de la pensión alimenticia.....	298
8.3.1. Aumento de las necesidades de los hijos.....	299
8.3.2. Aumento de los ingresos del obligado al pago de los alimentos.....	302
8.3.3. Disminución de los ingresos del progenitor que administra las pensiones.....	304
8.4. Supuestos de modificación de la pensión que no afectan a su cuantía: suspensión y limitación en el tiempo.....	306
8.4.1. Limitación temporal de la pensión.....	312
a) Posiciones contrarias a la limitación temporal de la pensión de alimentos.....	314
b) Posiciones favorables a la limitación temporal de la pensión de alimentos.....	315
9. La extinción de la pensión alimenticia.....	319
9.1. Modificación en la atribución de la guarda y custodia.....	320
9.2. Mayoría de edad e independencia económica de los hijos.....	323
9.3. Abandono del domicilio familiar por parte de los hijos.....	328
10. Soluciones previstas en el ordenamiento ante el incumplimiento del pago de la pensión alimenticia.....	331
10.1. Marco legal de las reclamaciones por incumplimiento.....	331
10.2. Mecanismos previstos en el ordenamiento para garantizar el cobro de las pensiones.....	336
10.2.1. Soluciones extrajudiciales.....	337
a) La mediación.....	337
b) El fondo de garantía del pago de alimentos.....	343
10.2.2. Soluciones judiciales de carácter económico.....	347
a) Multas coercitivas y pago de intereses.....	347

b) Medidas cautelares.....	349
c) Ejecución de las resoluciones judiciales que fijan las pensiones.....	351
d) Acción subrogatoria y revocatoria.....	362
10.2.3. Soluciones judiciales de carácter personal.....	362
a) Declaración de prodigalidad.....	363
b) Privación de la patria potestad.....	366
c) Privación del derecho de visita.....	369
d) Desheredación y pérdida del derecho a alimentos.....	373
10.3. Repercusiones del incumplimiento en el derecho penal.....	375
11. Conclusiones.....	381
12. Bibliografía.....	401
13. Abreviaturas.....	409
14. Anexos.....	411
15. Abstract.....	413
16. Resumen.....	417

1. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La presente tesis doctoral tiene como objetivo realizar un estudio pormenorizado de la actual regulación de la pensión alimenticia de los hijos en nuestro Código Civil, desde la perspectiva de los diferentes problemas que se plantean diariamente a los letrados en ejercicio en los procedimientos de familia.

Para ello, como punto de partida y de modo introductorio, haremos un estudio de la naturaleza jurídica del concepto de alimentos de los hijos, explicando brevemente los elementos esenciales de la prestación alimenticia y poniéndolos en relación con las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, según sean los hijos mayores o menores de edad.

Solamente al definir la prestación alimenticia podremos reflejar su aplicación práctica, que se traduce en la determinación de la pensión de alimentos en los diferentes procedimientos judiciales de familia y en el tratamiento que dicha figura viene recibiendo en el Código Civil y la jurisprudencia, según los hijos sean mayores o menores de edad, y analizar las diversas vicisitudes que pueden plantearse, así como las diferentes soluciones que podrían darse a los nuevos problemas que surjan.

1.1. El elemento del parentesco

Para determinar dónde situar la obligación alimenticia de los hijos en el Código Civil, es necesario partir de la idea de que no todas las deudas de alimentos se ubican dentro del derecho de familia, ya que algunas de estas pertenecen al derecho de obligaciones, pues –al margen de los vínculos familiares– pueden tener su origen en un contrato, como es el caso de la renta vitalicia, el pacto de acogida o el contrato de alimentos, o bien pueden estar asentadas en una disposición testamentaria, como el legado de alimentos. Sin embargo, en el caso de los hijos, la obligación alimenticia no puede constituirse como una obligación genérica, pues en ella se van a entremezclar elementos económicos y personales, lo que sitúa a los hijos como principales acreedores de la deuda alimenticia¹.

¹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; y CASTILLA BAREA, Margarita, “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 193-318.

Por ello, el Código Civil considera el parentesco como el sustrato básico de la obligación legal de alimentos al articular esta institución atendiendo al estrecho vínculo familiar que media entre alimentante y alimentista, obligación que merece una especial protección por parte de los padres con respecto a los hijos, convirtiéndola en una cuestión de interés público o social, lo que supone que quede insertada en el derecho de familia.

Dicha configuración de la prestación de alimentos no es incompatible con el contenido de la misma, que es evidentemente patrimonial, porque “aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, la obligación se encuentra conexcionada con el desarrollo de la personalidad y de los derechos de este tipo”², de lo que se deduce, como establece el artículo 151 del Código Civil, que el derecho a los alimentos es irrenunciable, es intransmisible y no puede ser objeto de compensación.

Esto nos lleva a configurar la obligación legal de alimentos de los padres para con los hijos como un régimen jurídico particular que se distingue del resto de obligaciones, de manera que las reglas del régimen general del derecho patrimonial solo deben entrar en consideración en tanto las peculiaridades que le confiere el derecho de familia no exijan un tratamiento especial.

Por ello, aunque en la práctica se traduzca en un claro contenido económico, en ningún caso puede considerarse como un derecho patrimonial puro, sino como el más típico de los derechos y deberes familiares de contenido económico, que, debido a la trascendencia ética y social de su fin, conserva sus notas esenciales.

Así pues, en el caso de los alimentos de los hijos, el parentesco supone el presupuesto objetivo a que atiende el Código Civil para el establecimiento de la relación jurídica alimenticia, concediéndole una relevancia que constituye la base de las relaciones jurídicas y, en consecuencia, lo convierte en fuente de derechos y obligaciones.

El nacimiento de la obligación por el vínculo del parentesco va a conllevar, como en toda obligación alimenticia, una doble posición: la del acreedor-alimentista y la del deudor-alimentante, si bien no tiene por qué coincidir el número de personas que componen ambas partes. En este sentido, puede darse el caso de que exista una pluralidad de alimentistas o bien una pluralidad de alimentantes, en función, precisamente, del parentesco.

² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia”, en Pedro Juan Viladrich Bataller (coord.), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, Publicaciones del Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de Navarra, 1989, p. 44.

1.1.1. Pluralidad de necesitados

En cuanto a la regulación de la pluralidad de necesitados, esta se relega a un solo párrafo, el último del artículo 145, que únicamente prevé el supuesto de pluralidad de alimentistas de vínculo distinto y, por tanto, con diferente derecho a los alimentos, remitiéndose por completo al orden de preferencia que establece el artículo 144 del Código Civil, y omitiendo cualquier referencia a la posible concurrencia de varios alimentistas con idéntico derecho a los alimentos.

El artículo 144 del Código Civil establece un orden preferente de deudores en virtud del parentesco a los que reclamar los alimentos cuando sean dos o más los obligados. El primer escalón en el orden de prelación lo ocupa el cónyuge, le siguen los descendientes y ascendientes más próximos y, en último lugar, se sitúan los hermanos³.

De la redacción del artículo 144 del Código Civil podría deducirse que el cónyuge es el primer obligado a prestar los alimentos, lo que determinaría, igualmente, la primacía del vínculo conyugal con respecto al del resto de parientes en línea recta –a pesar de que los cónyuges, en múltiples ocasiones, no se deben propiamente alimentos en las situaciones de crisis matrimonial–; sin embargo, en la práctica, es el vínculo paterno-filial el que, por exigencias de la naturaleza humana, prima sobre la relación conyugal.

De este modo, el artículo 145.3 del Código Civil introduce una particularidad con respecto al artículo 144 del mismo texto legal cuando antepone a los del cónyuge los alimentos debidos al hijo sujeto a su patria potestad, sin que ello modifique el orden establecido en el mismo, ya que la obligación de alimentar al hijo se deriva de dicha institución como consecuencia del artículo 154.1 del Código Civil, y es distinta e independiente de los alimentos debidos a los hijos emancipados o mayores de edad, a los cuales se refieren los artículos 143 y 144.

Esto supone que el artículo 145.3 se aplique con carácter prioritario, alterando el orden de prelación entre distintos alimentistas, al precisar que el cumplimiento de los deberes que se derivan de la patria potestad es prioritario no solo con respecto a lo debido al cónyuge, sino con respecto a las obligaciones con el resto de parientes que figuran en el artículo 143 del Código Civil, incluidos los alimentos que se deben a los hijos mayores de edad.

³ Artículo 144: “La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: 1.º al cónyuge; 2.º a los descendientes de grado más próximo; 3.º a los ascendientes, también de grado más próximo; 4.º a los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos”.

Los hijos, por tanto, serán siempre los principales acreedores de la obligación de alimentos sean fruto o no de una unión matrimonial, aspecto que, con la reforma constitucional, deviene intrascendente; convirtiéndose, sin embargo, en una cuestión central el distinto tratamiento de la obligación según sean los hijos mayores o menores de edad –en este último supuesto, se alcanzará la máxima protección. La situación variará una vez que los hijos alcancen la mayoría de edad; a partir de ese momento, nuestro ordenamiento prevé que la obligación se inserte dentro de la figura de la deuda alimenticia entre parientes. Esto se debe a que la Constitución Española de 1978 supuso un profundo cambio en nuestro ordenamiento, que se manifestó en una concepción diferente de los alimentos debidos a los hijos, derivada de la alteración de los principios básicos que configuran la filiación.

Así, se prohibió expresamente toda discriminación por razón de nacimiento, estableciendo la igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia de su filiación –en el artículo 39.2 de la Constitución–, pues, tal y como se recoge en el artículo 14 de la Constitución Española, “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento [...]”. Asimismo, en su artículo 39.3, la Constitución declara que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

La promulgación de la Constitución trajo consigo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que hizo que se reformaran las normas del Código Civil en las que se consagraba la tradicional discriminación de los hijos según su distinto estatus; así, el reformado artículo 108.2 del Código Civil dispuso que tanto la filiación por naturaleza –ya fuese matrimonial o no matrimonial– como la adoptiva plena produjesen los mismos efectos “conforme a las disposiciones de este Código”. En consecuencia, a la igualdad de los hijos por naturaleza, que era una exigencia de la Constitución, se equiparó la de los adoptivos por decisión del legislador.

Dicha igualdad de todos los hijos supuso que también se incluyera en nuestro ordenamiento el deber de asistir a los hijos no emancipados, modificándose de forma directa el alcance de la obligación de la deuda alimenticia con la nueva redacción del artículo 143, en cuyo número 2.º se alude a la obligación de alimentos a “los ascendientes y descendientes”, lo que supone la total eliminación en el Código Civil de la distinción entre

legítimos e ilegítimos, desapareciendo igualmente cualquier diferenciación en su tratamiento jurídico en virtud de que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio⁴.

1.2. Carácter legal y gratuito de los alimentos

La obligación legal de alimentos entre padres e hijos no se basa en una obligación asumida voluntariamente, sino que se trata de un acto jurídico debido por ley que impone al alimentante cumplir con su deber. Por este motivo, el Código Civil no hace mención alguna a la causa de los alimentos legales, y es que dicha prestación alimenticia del alimentante – destinada a la satisfacción de las necesidades del alimentista– no comporta ningún tipo de contraprestación, aunque sí se prevea la extinción de la obligación, tal y como se recoge en el párrafo 3.º del artículo 152, en el supuesto de mejora de la situación económica del alimentista, no siendo exigible por el alimentante el reembolso de los alimentos prestados anteriormente. Por ello, toda obligación de alimentos, incluida la de los hijos, carece de causa, puesto que, a pesar de que el alimentista recibe una atribución patrimonial, no existe enriquecimiento, por cuanto los alimentos tienden a satisfacer las necesidades vitales de quien los recibe, lo que supone que, en virtud de dicha finalidad, no estén sujetos a colación tal y como establece el artículo 1041 del Código Civil.

Como desarrollaremos en apartados posteriores, una de las diferencias esenciales entre la prestación alimenticia de los hijos menores y la de los mayores de edad es la que se basa, precisamente, en el elemento de necesidad, ya que mientras en el caso de los hijos menores la necesidad resulta intrascendente para el devengo de los alimentos, que deberán abonarse en cualquier caso, en el supuesto de los hijos mayores de edad dicho elemento se antoja imprescindible a la hora de exigirlos.

Y es que dicha obligación alimenticia de los hijos mayores de edad, que constituye un acto jurídico gratuito, se satisface desde el momento en que el alimentista se encuentra necesitado y, en atención a dicha situación, no admite la repetición de lo prestado en este concepto, porque cuando el alimentante satisface la mencionada obligación está cumpliendo con el deber legal, sin olvidar que el caso de los hijos menores de edad constituye un plus, al encontrarse dentro de las obligaciones propias de la patria potestad.

⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, “Alimentos legales entre parientes y alimentos convencionales. Autonomía de la voluntad y modalidades de cumplimiento”, en Teresa Echevarría de Rada, María Rosario Martín Briceño y David Rafael Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 73 y ss.

Sin embargo, aunque el deber de mantener a los hijos existe respecto de todos ellos, se encuentra estrechamente vinculado a la ostentación de la patria potestad, que constituye un efecto de la filiación misma, tal y como se establece en los artículos 154 –reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia– y 155 del Código Civil; y, aunque no se detente dicha patria potestad, la obligación alimenticia permanecerá intacta, pues el artículo 110 establece que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”; lo que nuevamente corrobora el artículo 111: aunque el progenitor haya sido privado de la patria potestad, “quedaran siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos”.

La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, como así ha señalado la STS sala 1ª de 25 de abril de 2011 (EDJ 2011/78863).

En virtud del artículo 39 de la Constitución Española, se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza –matrimonial, no matrimonial o adoptiva–, como apuntan la SAP Baleares de 24 de julio de 2013 (EDJ 2003/177010) y la SAP Valencia de 16 de abril de 2014 (EDJ 2014/86160).

Como dice la SAP Toledo de 17 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/212264), “la patria potestad se configura como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos”. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle asistencia de todo orden. En este sentido, también contamos con la SAP Barcelona de 17 de julio de 2012 (EDJ 2012/175960).

En esta misma línea, la SAP Madrid de 24 de junio de 2010 (EDJ 2010/183108) nos recuerda que “la patria potestad, en su configuración jurídico-positiva actual, abandona y supera ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, quedando definida como una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres

sobre los bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos, que se refieren a su sostenimiento, educación, formación y desarrollo, ya se trate de hijos menores de edad, ya de mayores incapacitados”. En los mismos términos se pronuncia la SAP Girona de 30 de mayo de 2014 (EDJ 2014/142950).

En definitiva, lo que prima en la institución de la patria potestad es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del Código Civil, lo que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, debiendo reseñarse, entre otras, la STS sala 1ª de 8 de abril de 1975 (EDJ 1975/354) y la STS sala 1ª de 5 de octubre de 1987 (EDJ 1987/6991). Esta concepción fue introducida, con carácter genérico, en nuestro Código Civil a través del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (EDL 1996/13744). En este sentido también podemos mencionar la SAP Pontevedra de 3 de febrero de 2014 (EDJ 2014/17608).

La patria potestad dura, en principio, mientras el hijo no llega a la mayoría de edad, tal y como establece la SAP Sevilla de 10 de marzo de 1999 (EDJ 1999/12436); pero puede también acabar antes de la mayoría por otras razones, como la muerte de los padres o la consecución de la emancipación por el menor; y puede subsistir sobre los hijos mayores en la figura de la patria potestad prorrogada, que se regula en el artículo 171 del Código Civil.

Normalmente, la patria potestad confiere a los progenitores la representación legal del hijo y encierra un doble contenido: personal y patrimonial. Así lo expresa el artículo 154 del Código Civil cuando señala como deberes inherentes a la patria potestad el velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. Véase, a este respecto, la SAP Ciudad Real de 3 de marzo de 2010.

Precisamente el mencionado precepto constituye el fundamento jurídico esencial para exigir los alimentos de los hijos, cuyo instrumento base en su literalidad ha sido corroborado de forma pacífica por la jurisprudencia, lo que se ha puesto de manifiesto en la STS sala 1ª de 18 de diciembre de 1999 (EDJ 1999/37920), en la SAP Madrid de 19 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/314690) y en la SAP A Coruña de 25 de enero de 2013 (EDJ 2013/19323).

Los principios que rigen la figura de la patria potestad basados en la inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma suponen que la autonomía de la voluntad alcance solo a regular las formas de ejercicio y la correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores, no siendo negociable su contenido, y estando incluida por ello la obligación de alimentar a los hijos.

Por ello, la patria potestad, al estructurarse sobre los elementos de titularidad conjunta y ejercicio solidario –aunque con carácter excepcional pueda convertirse en unipersonal y exclusiva en distintos supuestos, como el que señala el artículo 92 del Código Civil para el caso de separación, divorcio o nulidad–, tendrá como función esencial decidir todas aquellas cuestiones referidas a los menores y, en particular, aquellas que afectan a las decisiones relativas a la prestación alimenticia, así como a la asunción de gastos extraordinarios no cubiertos por la pensión ordinaria de alimentos tales como los derivados de tratamientos médicos o los relativos a la formación y, en definitiva, al desarrollo integral del menor.

1.3. La reciprocidad de la obligación de alimentos de los hijos

El elemento de reciprocidad constituye un rasgo consustancial a la prestación alimenticia de los hijos con respecto a sus padres, si bien no podemos olvidar que en el Código Civil de 1889 y sus posteriores reformas⁵ –hasta llegar a la del año 1981– se hacía distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, lo que incidía directamente en el tratamiento práctico de la obligación alimenticia al establecer que los padres solo debían a sus hijos ilegítimos los auxilios necesarios para la vida, lo que permitía cuestionar no la obligatoriedad de los alimentos, sino la cuantía de la prestación, ya que no se discutía el deber de prestarlos, sino la atenuación del vínculo por el hecho de nacer fuera del matrimonio.

Sin embargo, la reforma de 1981 dejó obsoleta dicha regulación y supuso que la reciprocidad naciera del vínculo subjetivo que media entre las partes, que no es otro que el parentesco, tal y como se señala en el artículo 143 del Código Civil, que establece que “están obligados recíprocamente a darse alimentos” todos los parientes expresamente determinados en el mismo, convirtiendo la relación personal en la causa misma de los alimentos paternofiliales.

Y es que, en este caso, la posición jurídica deudor-acreedor no puede responder a la concepción normal del derecho patrimonial, dado que la relación alimentante-alimentista no representa una situación entre intereses contrapuestos, y mucho menos en el caso de los alimentos a los hijos, pues la obligación de alimentos debe obedecer a un fin común: asegurar

⁵ La legislación del Código Civil nacido del Real Decreto de 24 de julio de 1889, y hasta el Código de 1981, distinguía, al menos, cuatro *clases* de hijos: legítimos, legitimados, naturales e ilegítimos, amén de los adoptivos, adulterinos e incestuosos. Será a partir de la reforma del Código Civil cuando solo haya hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales y, además, no existirán diferencias jurídicas entre ellos. El propio proyecto, al referirse a los hijos procedentes de la procreación –esto es, no adoptivos–, habla de hijos “por naturaleza”, con lo que convierte en norma general una denominación que venía apuntando a una situación anómala y socialmente vergonzante: la de las madres solteras.

la digna subsistencia de los hijos. Por otra parte, no hay que olvidar que la cualidad de deudor y acreedor puede recaer en la misma persona, ya que el alimentante de hoy (los padres) puede convertirse en alimentista en el futuro, y viceversa.

A pesar de que la obligación de alimentos entre padres e hijos sea recíproca, no supone que sea bilateral, como es el caso de las obligaciones patrimoniales sinalagmáticas en el sentido que propone el artículo 1124 del Código Civil, ya que esta obligación no comporta una concatenación de relaciones jurídicas subordinadas unas a otras.

La reciprocidad es eventual en la obligación de alimentos paternofiliales, ya que los hijos, una vez alcancen la mayoría de edad, solamente tendrán la obligación de prestar los alimentos a sus padres si disponen de medios en ese momento, siempre y cuando exista una situación de necesidad, situación que no es asimilable en ningún caso a la de los hijos menores de edad; y, desde luego, puede devenir en unilateral cuando se extingue en función de los supuestos previstos en el párrafo 5.º del artículo 152 del Código Civil o cuando se incurra en alguna de las conductas que dan lugar a desheredación, según el artículo 152.4⁶.

1.4. El elemento de necesidad

El estado de necesidad se debe analizar desde una doble perspectiva.

Por un lado, representa el presupuesto objetivo inicial y final de la obligación de alimentos: inicial, en cuanto que origina su exigibilidad, ya que, según el artículo 148.1 del Código Civil, “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos”, y final en tanto asegura su subsistencia, dado que, en virtud de lo que afirma el punto 3.º del artículo 152, cesará la obligación de dar alimentos cuando al alimentista “no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”.

Por otro lado, no olvidemos que el estado de necesidad constituye, junto a la posibilidad económica del alimentante, uno de los índices que determinan la cuantía de los alimentos, pues, como establece el artículo 146 del Código Civil, “la cuantía de los alimentos será proporcionada a las necesidades de quien los recibe”.

⁶ Así se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Cantabria de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/221869) o en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 2 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/217309), que dice: “puesto que en ningún caso puede obviarse, como pide el recurrente, la obligación recíproca de prestar alimentos que respecto de ascendientes y descendientes establece el artículo 143 del Código Civil (EDL 1889/1), si bien el deber del padre de alimentar a los hijos es de carácter inexcusable, como contenido ineludible derivado de la filiación”, en virtud del artículo 39.3 de la Constitución Española (EDL 1978/3879).

Por todo ello, queda acreditado que es el estado de necesidad del alimentista el criterio básico en torno al cual gira la obligación de alimentos. No en vano, se entiende por “alimentos” todo lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, a pesar de que la obligación de alimentos nace cuando concurren todos los requisitos o presupuestos exigidos por la ley, es decir, la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante.

Sin embargo, como sostiene Díez-Picazo, el hecho que determina circunstancialmente su perfección es la necesidad del alimentista, ya que “el derecho a los alimentos solo se puede exigir, desde que los necesitare, para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, según el artículo 148.1 del Código Civil, debiendo dirigirse a proteger la vida del pariente necesitado”⁷. No obstante, la necesidad del alimentista no puede considerarse como un presupuesto legal totalmente ineludible, ya que pueden darse supuestos como el de la desheredación. En este sentido, el párrafo 4.º del artículo 152 dispone que cesará la obligación de dar alimentos “cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”, lo que constituye una causa de extinción de la obligación de alimentos de aplicación general a todos los parientes afectados, incluidos los hijos.

Igualmente, el legislador pretende sancionar al alimentista por su mala conducta y privarle de la prestación, por un lado, cuando se trata de la obligación entre hermanos, según se recoge en el artículo 143 –“Los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista [...]”– y, por otro, en el caso de los hijos, tal y como se recoge en el párrafo 5.º del artículo 152, que establece la privación de los alimentos “cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.

En cualquier caso, debemos insistir en el especial tratamiento que debe darse a los alimentos de los hijos, cuya restricción y privación son tratadas con carácter más amplio, partiendo siempre de que dichos alimentos son obligatorios para los progenitores, inclusive en los supuestos de privación de la patria potestad, prevista en el artículo 111 del Código Civil.

Es evidente que, al considerar el Código Civil la necesidad como el elemento esencial para el nacimiento de la obligación de alimentos, en pura coherencia, la ausencia de dicho

⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 2012, p. 53. En este apartado, también debemos hacer referencia a DE PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín, *Curso de derecho civil*, vol. IV, Madrid, Colex, 2013.

elemento entrañará la extinción de esta obligación, tal y como se regula en el párrafo 3.º del artículo 152 relativo a las causas del cese de los alimentos que, de forma expresa, prevé la extinción de la pensión del alimentista “cuando no le sea necesaria para su subsistencia”.

1.4.1. La determinación de la necesidad

Debemos insistir en que nuestro Código Civil establece diferencias en lo que se refiere a la exigencia del elemento de necesidad para la prestación de alimentos en función de que los hijos sean menores o mayores de edad; entendiendo el estado de necesidad como la situación en que se encuentra todo aquel a quien le resulta imposible subsistir y proveerse para las elementales exigencias de la vida; situación, por tanto, a la que no puede hacer frente por sí mismo, no solo por carecer de medios propios, sino por la imposibilidad de procurárselos él mismo.

Así pues, nos encontramos de nuevo ante un concepto esencialmente relativo, que dependerá de las circunstancias de hecho y quedará circunscrito a la valoración judicial de cada caso concreto, no solo en función de las circunstancias objetivas, sino también de las subjetivas que se derivan del carácter personalísimo de los alimentos, en la medida en que deben prestarse *intuitu personae*, es decir, siempre en atención a las circunstancias individuales del alimentista, en función de criterios tan diversos como la edad, la salud, la profesión, la educación, etc.

Esto supone que la necesidad —especialmente, en el caso de los hijos mayores de edad— no tiene por qué identificarse con la absoluta indigencia, sin perjuicio de que deba prestarse especial atención al contexto social y a las circunstancias personales que hayan tenido los hijos. Particularmente interesantes han resultado los últimos pronunciamientos de la jurisprudencia menor sobre el fundamento de la materia en relación con la coyuntura económica actual, como los de la SAP Segovia de 26 de abril de 2016 (EDJ 2016/94693) o la SAP Madrid de 11 de marzo de 2016 (EDJ 2016/464129), que establece que “la obligación alimenticia encuentra fundamento en que un familiar cercano se encuentra en estado de penuria, necesidad o pobreza que precisa de otros que cuentan con medios económicos suficientes para atender su subsistencia. El que no trabaja porque no puede, precisa alimentos para sobrevivir. La obligación alimenticia responde a la realidad social actual, y a si las posibilidades laborales del alimentista están mermadas”.

Por otro lado, el artículo 152.3 del Código Civil determina en qué consiste la necesidad del alimentista al regular la desaparición del estado de necesidad como causa para

el cese de los alimentos. De hecho, dicho artículo considera necesitada a la persona que no dispone de bienes propios, pero también establece el momento en el que cesa la obligación de dar alimentos, bien cuando el alimentista “haya adquirido un destino o mejorado de fortuna”, o bien “cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria”.

El juez deberá tener en cuenta estos dos parámetros a la hora de determinar si existe o no estado de necesidad, es decir, por una parte, si el sujeto carece o no de medios económicos para sobrevivir y, por otra, si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos; criterios que, en cualquier caso, son aplicables exclusivamente a los hijos mayores de edad, y en ningún caso a los hijos menores de edad, que estarán sujetos a la patria potestad de los progenitores.

Del Código Civil puede deducirse –sin perjuicio de la múltiple casuística derivada de la práctica en juzgados y tribunales, que desarrollaremos pormenorizadamente en los apartados correspondientes– que se encuentra necesitada toda persona que carezca de patrimonio propio con que subsistir, entendiendo “patrimonio” en toda su dimensión, incluyendo tanto los bienes y el capital como los frutos y rentas de estos⁸.

La SAP Valencia de 13 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/2584693) considera que las necesidades determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente “las de los hijos en cada momento”, es decir, que las circunstancias concretas de los hijos menores son las que definen y, consiguientemente, excluyen otros parámetros para la valoración, como pudiera ser la posición de los padres, a diferencia de lo que se establece para los alimentos entre parientes en los artículos 142 y siguientes, y de modo más concreto en el artículo 146 del

⁸ La SAP A Coruña de 13 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/264153) confirma que procede la extinción de la pensión: “No existen circunstancias para prolongar el derecho a pensión ya que el hijo tiene ya 26 años y no consta que esté estudiando ni en búsqueda activa de trabajo”.

La SAP Jaén de 29 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/260106) propone, en definitiva, una armonización entre las necesidades del hijo menor y el padre alimentante, radicada en la solidaridad y generosidad del segundo, sin que suponga una situación que impida el cumplimiento.

La SAP Cantabria de 23 de abril de 2014 (EDJ 2014/300825) establece que “aun en el caso de custodias compartidas, el juzgador debe analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para determinar las necesidades de los hijos”.

Y la SAP Cádiz de 18 de mayo de 2015 (EDJ 2015/110206) indica: “La Audiencia Provincial desestima la apelación de la esposa confirmando el régimen de visitas y comunicaciones fijado en primera instancia así como el importe de la pensión alimenticia. Razona la Sala que el sistema normalizado de visitas no se revela inidóneo para los intereses de los menores, no reportándoles ninguna utilidad o beneficio el establecimiento de un día de visitas en los períodos vacacionales. La cuantía de la pensión se considera ajustada a las posibilidades del obligado al pago y proporcional a las necesidades acreditadas de los menores”.

También la SAP Málaga de 20 de mayo de 2015 (EDJ 2015/222474), la SAP Pontevedra de 13 de abril de 2015 (EDJ 2015/63654), la SAP Salamanca de 25 de enero de 2016 (EDJ 2016/5653) y la SAP A Coruña de 15 de abril de 2016 (EDJ 2016/67603) disponen que “el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas en cada momento, y, si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo cuerpo legal”.

Código Civil (EDL 1889/1), que recoge el criterio de proporcionalidad respecto de quien los da y quien los recibe. Todo ello supone que los progenitores deben prestar alimentos a los hijos conforme a sus necesidades mínimas en cada momento concreto, por cuanto se trata de un deber impuesto por norma jurídica expresa y que alcanza relevancia constitucional.

Es evidente que cualquiera que quiera ponerse en la posición de alimentista –salvo en el caso de los hijos– deberá consumir su patrimonio antes de poder exigir alimentos; sin embargo, no puede considerarse que existe carencia de medios para subsistir cuando el sujeto puede tomar dinero a crédito y pagarlo en un tiempo prudencial mediante la realización de valores de su capital o con el producto de su trabajo, lo que estaría en íntima relación con lo dispuesto en el artículo 152.3, que niega la condición de alimentista a aquel que puede ejercer un oficio, profesión o industria.

Tal como indica Albaladejo⁹, “no puede exigir alimentos la persona que no satisface sus necesidades, culpablemente, es decir, el que pudiendo no obtenga, recursos para atender a la satisfacción de las necesidades en cuestión, si bien (tal y como se ha puesto de manifiesto en la reciente crisis económica padecida en España desde el año 2007), no bastaría con la mera posibilidad subjetiva de realizar un trabajo, ya que la efectividad de ejercer un oficio, profesión o industria no va a depender únicamente de la capacidad física e intelectual de la persona necesitada, sino que también debe valorarse desde una perspectiva objetiva, es decir, que exista posibilidad concreta, inmediata y eficaz de realizarlo”.

Esta cuestión resulta enormemente actual cuando, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al segundo trimestre de 2016, el paro se sitúa en el 20 % de la población activa, y cerca del 50 % para los jóvenes de entre 16 y 30 años¹⁰.

También van a resultar objeto de controversia aquellas situaciones que afectan a quienes, a pesar de trabajar, se ven obligados a vivir con estrecheces, ya que el ejercicio efectivo de un oficio, profesión o industria no les permite cubrir sus necesidades vitales. Dicha controversia no queda resuelta acudiendo al artículo 146 del Código Civil, que establece que la cuantía de los alimentos “debe ser proporcional a la necesidad del alimentista”. Esto obliga a los jueces a analizar una vez más cada supuesto concreto, poniéndolo en relación con la difícil situación económica y de acceso al mercado laboral tanto de los alimentantes como del alimentista, y, consecuentemente, tratándose de una

⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de derecho civil*, Madrid, Edisofer, 2011, pp. 97-100; *id.* (dir.), *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2, Madrid, Edersa, 2004, pp. 51 y ss.

¹⁰ Datos de la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística correspondientes al segundo trimestre de 2016.

obligación de tracto sucesivo, el estado de necesidad determinará la variabilidad de la obligación, que deberá irse adecuando a las diferentes vicisitudes de la situación del alimentista, tal y como se establece en el artículo 147 del Código Civil cuando afirma que los alimentos “se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista”.

1.5. El elemento de la posibilidad

La posibilidad económica del obligado a prestar alimentos constituye, al igual que la necesidad del alimentista, un presupuesto objetivo que determina la obligatoriedad de la prestación alimenticia y que supone el nacimiento de la obligación.

Sin embargo, el inicio de dicha obligación se produce desde que el alimentista lo necesitare, dado que, generalmente, la posibilidad económica del obligado a prestarlos no opera en las mismas circunstancias, constituyendo un hecho jurídico que debe existir con anterioridad, si bien será objeto de la mayor parte de las controversias a la hora de reclamar las pensiones alimenticias de los hijos.

Dicho elemento tiene una gran importancia en nuestro Código Civil, tal y como se desprende del párrafo 2.º del artículo 152, que establece que “cesará también la obligación de dar alimentos, cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Por ello, la ausencia de la posibilidad económica del alimentante llevará consigo la extinción o, como mínimo, la suspensión de la obligación de alimentos, siempre y cuando no afecte a los hijos que no se encuentren independizados económicamente; lo que provoca que la posibilidad económica del padre alimentante no entrañe la misma relevancia jurídica que la necesidad del hijo alimentista, especialmente si se trata de un menor.

Ahora bien, como hemos visto en el apartado anterior, la obligación deberá basarse en el criterio de proporcionalidad, independientemente de la situación del hijo, y se adaptará la cuantía de los alimentos a las necesidades de este, ya que, según el artículo 146 del Código Civil, “será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

No obstante, con independencia de la posibilidad económica de los padres, la obligación alimenticia no se circunscribe al mínimo indispensable para vivir –como sí sucede en la obligación alimenticia entre hermanos–, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149

del Código Civil, el alimentante tiene la opción de recibir y mantener en su propia casa al que tiene derecho a ello cuando la escasez de medios económicos le impida satisfacerlo pagando una pensión en metálico.

La ley no recoge qué criterios se deben atender para evaluar los recursos de que dispone el alimentante, quedando nuevamente al arbitrio del juez la valoración de cada supuesto concreto; ahora bien, lo que no podrá exigirse al alimentante es que asuma obligaciones que no dependan directamente de su voluntad o que sean subjetivas, *v. gr.*, endeudarse con una entidad de crédito o pedir un dinero a terceros, lo que no cuenta con apoyo legal alguno y podría poner en peligro la situación económica del alimentante así como de las personas que se encuentren a su cuidado en un futuro¹¹.

No debemos olvidar que la pensión alimenticia de los hijos se fundamenta en el criterio de la necesidad, debiendo atenderse tanto a las efectivas necesidades de estos como a los medios económicos de que dispone el obligado, sin olvidar asimismo los recursos y posibilidades del guardador, como señalan los artículos 93, 145 y 146 del Código Civil. Hay que añadir que este principio genérico, cuando se trata de hijos menores, debe matizarse en el sentido de que la colisión entre las necesidades de los progenitores y las de los hijos debe decantarse a favor de los hijos, dada su situación de necesidad, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores: en tal caso, se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que la contribución a los alimentos es una obligación de ambos progenitores, conforme a lo que determina, con carácter general, el artículo 154 del Código Civil; por ello, el artículo 93 del Código Civil señala que el juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, acomodando las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. En definitiva, la concurrencia de una multiplicidad de parámetros en la cuantificación de esta obligación legal es la que justifica la

¹¹ Tal y como afirma Díaz Alabart, incluso en la situación concursal, el progenitor deudor “tiene la obligación de alimentos respecto de las personas enumeradas en el artículo 143 del Código Civil: cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos; con respecto a los hijos menores, el deber de los padres se incluye dentro de uno más amplio generado por la filiación”. Con respecto a este régimen legal, la Ley Concursal en su artículo 47 establece que lo normal es que las deudas de alimentos de los hijos puedan ser cubiertas a cargo de la masa patrimonial, siendo requisito que exista necesidad por parte del alimentista –requisito que no se produce si el hijo es menor de edad– y que se puedan cubrir con el patrimonio del concursado; “pudiendo ir en detrimento de los otros acreedores, siempre y cuando no exista otra persona que, teniendo también esa obligación de alimentos frente al sujeto en cuestión, pueda proporcionárselos”. *Cfr.* DÍAZ ALABART, Silvia, “Los alimentos del deudor en el concurso”, en Matilde Cuenca Casas y José Luis Colina Mediavilla, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cizur Menor: Civitas, 2009, pp. 278-279.

remisión que hace el legislador al juez, otorgándole amplias facultades para fijarla; debiendo siempre respetarse las partes integrantes del llamado “mínimo vital” o mínimo imprescindible para el desarrollo de unas condiciones de vida suficientes y dignas. En esta línea se han pronunciado, entre otras, las SAP Córdoba de 13 de enero de 2012 (EDJ 2012/320992), la SAP Barcelona de 31 de enero de 2013 (EDJ 2013/15606), la SAP Guadalajara de 14 de julio de 2015 (EDJ 2015/134269) y la SAP Córdoba de 11 de mayo de 2015 (EDJ 2015/133710).

A pesar de la suprema protección que el ordenamiento otorga a la pensión alimenticia de los hijos menores de edad, no existe apoyo legal que justifique que el deudor tenga obligación de vender su patrimonio para atender la estricta obligación de alimentos —cuestión que consideramos discutible siempre y cuando se refiera a hijos menores de edad o a los mayores que no hayan alcanzado la independencia económica—, ni tampoco existe disposición en el Código Civil que obligue al deudor de los alimentos a trabajar, para situarse en posición de prestarlos, o a cambiar de trabajo para dedicarse a una profesión más lucrativa, ya que en este caso estaríamos entrando en la esfera de la libertad de las personas.

Sin embargo, dicha afirmación choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, que establece que los alimentos son exigibles desde que el alimentista los necesitare, lo que, en pura lógica, impediría que un padre permaneciese ocioso para sustraerse al cumplimiento de la obligación alimenticia una vez interpuesta la demanda, e incluso desde que tenga conocimiento de la necesidad del alimentista, constituyendo un acto fraudulento, como todos aquellos otros que puedan haber llevado al alimentante a colocarse voluntariamente en la imposibilidad de prestarlos, situación que se suele producir en la práctica con frecuencia.

1.5.1. La capacidad económica del deudor de alimentos

Por otra parte, en la propia redacción del Código Civil subyace que los alimentos no se prestan propiamente en atención al caudal y medios del alimentante, sino en función de sus posibilidades: es decir, que este no puede disponer de todos sus medios o recursos económicos para satisfacer la obligación de alimentos si ello repercute en su propia subsistencia y la de su núcleo familiar.

Así se pone de manifiesto en el párrafo 2.º del artículo 152 del Código Civil, al establecer el cese de la obligación de alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se

hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Por tanto, no cabe duda de que, en principio, uno debe velar por su propia existencia y por la de los que componen el hogar familiar, que deben primar sobre el resto de parientes, según el orden establecido en el artículo 144.

1.5.2. La relatividad

La obligación de dar alimentos a los hijos, así como al resto de parientes, constituye una obligación indeterminada en el tiempo, dada la imposibilidad de establecer *a priori* tanto el inicio como la duración de la misma.

Por otro lado, es una prestación de cuantía relativa, que se produce como consecuencia del elemento de proporcionalidad que se recoge en el artículo 146 del Código Civil, lo que supone que tanto las necesidades de los alimentistas como la posibilidad económica de los alimentantes representen situaciones de hecho esencialmente relativas y, por ende, variables.

El Código Civil no establece unos criterios fijos e inmutables a efectos de determinar los medios de que dispone el alimentante y las necesidades del alimentista, sino que los deja al prudente arbitrio judicial en atención a las particulares circunstancias de cada supuesto concreto, lo que supone que la proporcionalidad de los alimentos se conjugue con el criterio de flexibilidad de que dispone el juez, ya que, en última instancia, se debe a su decisión la determinación de la cuantía de los mismos.

No obstante, en la práctica judicial, la decisión del juez en orden a cuantificar la posibilidad del alimentante y la necesidad del alimentista no está exenta de problemas, como consecuencia precisamente de la relatividad de tales presupuestos objetivos, lo que supone que el juzgador se encuentre obligado a acudir a medios indirectos e indiciarios tanto a la hora de fijar la pensión, como para actualizar la pensión a las nuevas circunstancias de hecho.

Es por ello que las sentencias que determinan la cuantía de las pensiones de alimentos no producen el efecto de cosa juzgada, dado que se trata de una decisión enteramente revisable cuando varíen los presupuestos objetivos a los que debe su existencia. Dicha

revisión, según el artículo 147 del Código Civil, puede consistir tanto en el aumento como en la disminución de la pensión¹².

1.6. Carácter personalísimo e indisponible

El rasgo más peculiar de la obligación de alimentos, tanto de los hijos como del resto de parientes, reside en su carácter personal e indisponible, ya que, a pesar de ser una obligación de contenido patrimonial, está marcada por el dato de la personalidad, y lo va a estar en su doble vertiente: tanto en lo que se refiere al crédito como en la deuda alimenticia, dado que deudor y acreedor vienen determinados por el artículo 143 del Código Civil como consecuencia del vínculo subjetivo o de parentesco que media entre ellos.

Dicho vínculo personal condiciona además la prestación de los alimentos, no solo en cuanto que la cuantía se determina según el artículo 146 “en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, sino también porque se fija en atención a la proximidad del parentesco –lo que reduce o amplía la obligación de alimentos. Y es que el carácter personalísimo de esta obligación proviene de la indisponibilidad de su objeto, que no es otro que asegurar a la persona del acreedor los medios necesarios para su subsistencia, representando una cuestión de orden público que, por tanto, constituye una excepción al principio general de disposición del acreedor sobre su derecho, dada su consideración de irrenunciable e intransmisible, de la que se hace eco el primer párrafo del artículo 151 del Código Civil: “No es renunciable, ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”.

¹² El tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos representa una preferencia destacada en el articulado del Código Civil (EDL 1889/1), todavía mayor en el caso de los hijos menores. Dada su importancia, el artículo 152 del Código Civil preceptúa que cesará la obligación de dar alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades y las de su familia”, interpretación acorde con el artículo 39.2 de la Constitución Española (EDL 1978/3879).

El concepto de “alimentos”, y especialmente tratándose de menores de edad, debe concebirse con toda la amplitud que permitan las circunstancias económicas de los padres y las necesidades de los hijos en cada momento, en cuanto se hallan sujetos a la patria potestad, englobando el término no solo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, sino también lo necesario para la educación e instrucción del alimentista, primando la satisfacción de las necesidades de los hijos menores sobre las propias de los progenitores, que han de sacrificarlas en favor de la satisfacción de las de aquellos.

Dicho esto, en nuestro caso, procede considerar ambos elementos de la determinación de la prestación alimenticia, poniendo en relación las necesidades alimenticias de los hijos y la capacidad económica del padre-alimentante. En esta línea se han pronunciado la SAP Palencia de 21 de mayo de 2012 (EDJ 2012/145446), la SAP Castellón de 1 de febrero de 2012 (EDJ 2012/164137), la SAP Alicante de 27 de junio de 2013 (EDJ 2013/157157) y la SAP Madrid de 10 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/262986).

En consecuencia, nos encontramos ante una deuda y un crédito que son indisponibles, lo que imposibilita su transmisión *mortis causa* en virtud de lo establecido en el artículo 150 del Código Civil, según el cual “la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestare en cumplimiento de una sentencia firme”.

El Código Civil admite el pago de los alimentos por un extraño, como consecuencia lógica de la patrimonialidad de la prestación, si bien restringe, en este supuesto, los efectos del pago de un tercero del artículo 1158.2, ya que este solo podrá reclamárselo al obligado cuando los prestó sin su conocimiento; y es que la persona obligada no puede desvincularse del mandato legal, ni tampoco es admisible la novación por cambio de deudor, ni aun con el consentimiento del alimentista, ya que permitir a este la cesión de su derecho significaría tanto como permitirle renunciar a él y, con él, a su propia subsistencia.

Por el contrario, la muerte del alimentista representa la desaparición del vínculo personal así como el cese del estado de necesidad y, por tanto, determina la extinción del derecho a los alimentos. De esta manera, la cuantía de los alimentos se convierte en una simple cantidad de dinero que, como cualquier otro bien que integra el patrimonio del causante, es perfectamente transmisible a sus herederos, no estando obligados los herederos a devolver lo recibido con anterioridad en concepto de alimentos, tal y como establece el artículo 148 del Código Civil. En este caso, las pensiones atrasadas exigibles se transforman en un crédito normal, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 151 del Código Civil, que establece que podrá “transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”.

1.7. Irrenunciabilidad del derecho a los alimentos

Por otra parte, el derecho a los alimentos –y, en especial, el de los hijos menores– no constituye, como cualquier otro derecho de contenido patrimonial, un activo en el patrimonio del alimentista, sino que, como se desprende del propio artículo 151 del Código Civil, tiene un carácter irrenunciable, utilizándose dicho término en el sentido más amplio, como sinónimo de indisponibilidad, si bien es necesario que los alimentos sean reclamados por el alimentista y, en el caso de los menores, por aquel que ejerza la patria potestad (es decir, el padre o tutor).

Continuando con este razonamiento, el Código Civil establece en el párrafo 1.º del artículo 148 que los alimentos “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la

demanda”, presuponiendo la necesidad de reclamarlos judicialmente si el deudor no los prestase voluntariamente¹³.

A pesar de la existencia del derecho desde que concurre el estado de necesidad, el alimentante solo deberá satisfacer obligatoriamente lo que el alimentista necesite desde el ejercicio del derecho. Además, el artículo 151.1 del Código Civil recoge la renuncia del derecho a los alimentos como un acto nulo en cuanto que contradice lo prescrito por la ley, como se deriva del artículo 6.3 del mismo texto, siendo la sanción de nulidad absoluta y radical por contrariar el interés o el orden público, en cuanto que este derecho nace como consecuencia de la situación de necesidad del alimentista, tal como se recoge en el artículo 148.1 del Código Civil.

En contraposición a dicho carácter irrenunciable de los alimentos, el párrafo 2.º del artículo 151 del Código Civil establece que se podrá renunciar a las pensiones alimenticias atrasadas, precisamente, porque en ellas no concurre el carácter indispensable en orden a satisfacer la necesidad del alimentista, operándose entonces un cambio de naturaleza, de tal manera que estas pensiones alimenticias atrasadas pasan a constituir un crédito que se regirá por las reglas de los créditos normales, al desaparecer –dada su innecesariedad– el matiz de orden público que impera en los alimentos legales y transformarse así en una deuda ordinaria.

El párrafo 2.º del artículo 151 del Código Civil pretende que la prestación de alimentos se lleve a cabo a su debido tiempo y anticipadamente, pero nunca con posterioridad, porque en este caso no sería útil al alimentista, al no permitirle satisfacer sus necesidades vitales.

¹³ En cuanto al momento de inicio del pago de los alimentos, la STS de 14 de junio de 2011 (EDJ 2011/113789) fija doctrina jurisprudencial en la materia, y así señala que “la sentencia recurrida revoca la de primera instancia solo en el punto relativo al momento de devengo de los alimentos, en el sentido de que se devengarán desde la fecha de la sentencia, no desde la de la demanda”. Esta resolución es contraria a la STS sala 1ª de 3 de octubre de 2008 (EDJ 2008/185056) y a la STS sala 1ª de 11 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/47579).

Además, esta cuestión es objeto de debate, puesto que existen sentencias de las audiencias provinciales en sentido contrario, de modo que la SAP Madrid de 28 de abril de 2006 (EDJ 2006/101306) y la SAP Madrid de 23 de octubre de 2009 (EDJ 2009/312259) retrotraen la obligación de prestar alimentos a la fecha de la interposición de la demanda. El texto continúa citando algunas sentencias contradictorias en este punto específico y señala que esta contradicción debe ser resuelta por la sala a favor de la interpretación que postula considerar que, cuando la reclamación de alimentos se impone en un proceso judicial por ruptura de las relaciones entre los progenitores en el que no se han tramitado medidas cautelares, debe fijarse el día de la presentación de la demanda como el de devengo de las pensiones alimenticias a los hijos.

Julio Álvarez Merino constata la existencia de un cierto sector jurisprudencial que, invocando el artículo 89 del Código Civil, viene eximiendo al progenitor contribuyente de su deber de prestar alimentos a los hijos menores no ya en los períodos anteriores a la fecha de interposición de la demanda, sino también durante toda la tramitación del procedimiento de divorcio, y recomienda eludir este riesgo interponiendo la correspondiente demanda de medidas provisionales. *Cfr.* ÁLVAREZ MERINO, Julio, “Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC”, *Revista de derecho de familia*, núm. 11, septiembre de 2013.

El carácter irrenunciable de los alimentos no puede confundirse con aquellos pactos y transacciones, dentro de los pleitos de familia, sobre las pensiones ya devengadas y reclamadas que se convienen para evitar o transar la ejecución cuando ha existido un incumplimiento. Esto supone que los pactos verbales o escritos que afecten a cuestiones alimenticias, como la modificación de su cuantía, su extinción, etc., pueden ser ineficaces si no cumplen el requisito de haberse otorgado con carácter público. Además, el examen del juez de dicho pacto se hace imprescindible, lo que supone que la eficacia del pacto o transacción no sea automática, ya que debe entenderse que los padres no son solo los administradores de los alimentos, sino que se les exige la misma diligencia que para administrar sus propios bienes, tal y como se desprende del artículo 164 del Código Civil. De esta manera, los pactos entre cónyuges tendentes a suprimir temporal o totalmente la pensión alimenticia son radicalmente nulos, puesto que cualquier circunstancia modificativa en esta materia pertenece al *ius cogens* y debe contar con la preceptiva homologación judicial¹⁴.

Sin embargo, cuando los hijos son mayores de edad ya no nos encontramos con dicho obstáculo al haberse extinguido la patria potestad, de tal manera que sería posible el pacto entre progenitores, el cual permite extinguir, reducir y transigir sobre las pensiones alimenticias atrasadas de los hijos mayores de edad, siempre y cuando el pacto se hubiese alcanzado con el consentimiento del hijo, debiendo recordarse en este punto que dicho consentimiento puede ser expreso o tácito, tal y como se pone de manifiesto en la SAP Salamanca de 13 de febrero de 2014 (EDJ 2014/20434). Sostiene la sala que “[...] que la carta de pago otorgada en la escritura pública por la madre de la alimentista es un acto que deviene ineficaz por anulabilidad o nulidad relativa, puesto que conlleva una renuncia de los derechos que correspondían a la hija y sin autorización judicial, ni ratificación o convalidación por la menor afectada por el mismo al llegar a la mayoría de edad”.

En cuanto al pacto entre el progenitor obligado al pago de la pensión y el hijo mayor de edad, en principio se trata de un convenio concertado libremente entre dos personas con plena capacidad de obrar respecto a un derecho subjetivo patrimonial del que es único titular

¹⁴ Los alimentos de los hijos menores son calificados como materias de *ius cogens* o derecho imperativo y, por tanto, son irrenunciables, intransmisibles y no susceptibles de compensación –como indica el artículo 151 del Código Civil (EDL 1889/1)– ni de transacción. Nos encontramos con un sistema de contribución a los alimentos de los hijos que se acomoda, como hemos señalado, al régimen de guarda y custodia compartidas asumido por los progenitores y que, sin duda, es el resultado del interés y preocupación de los mismos en orden a procurar a sus hijos el mayor beneficio y estabilidad posibles, como consecuencia del cese de la convivencia matrimonial. No resulta, pues, necesaria la fijación de una cantidad concreta con cargo a uno de los progenitores de una pensión alimenticia por cuanto, a través del sistema pactado, el interés de los menores se encuentra garantizado. En este sentido se han pronunciado la SAP Pontevedra de 3 de febrero de 2010 (EDJ 2010/42663), la SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/217340) y la SAP A Coruña de 27 de marzo de 2015 (EDJ 2015/66107).

el hijo mayor de edad y, con estos presupuestos, en principio podría reconocérsele plena eficacia, ya que ese concierto de voluntades entre el titular del derecho y el obligado a prestar los alimentos no es contrario a las leyes –dado que el artículo 151 del Código Civil permite la renuncia a los alimentos atrasados– ni quebranta la moral ni el orden público, señalados como límites a la mencionada autonomía privada en el artículo 1255 del Código Civil.

Sin embargo, hay que diferenciar aquellos supuestos en los que la renuncia a los alimentos se produce cuando ya se ha alcanzado independencia económica, y, por tanto, debe entenderse válidamente efectuada conforme a lo establecido en el artículo 151 del Código Civil: “podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas”. Ahora bien, para que esta renuncia sea válida tendrá que respetar lo establecido en el artículo 6.2 del Código Civil.

Es decir, dicha renuncia de derechos solo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros. Esto implica que si el hijo mayor de edad renunciase a las pensiones alimenticias anteriores que se devengaron cuando aún no había alcanzado dicha independencia, esta renuncia supondría un claro perjuicio para el progenitor con el que convivía y que tuvo que sostener sus necesidades; lo que no sucede si esta renuncia se limita a las pensiones devengadas desde que alcanzó independencia económica, ya que, en este caso, no perjudicaría al progenitor, puesto que no tuvo que soportar los gastos que generaba este hijo.

En esta materia no se obvia la legislación procesal al respecto, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece que “los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho [...]”, situación que entendemos que puede producirse cuando un progenitor reclama las pensiones alimenticias de un hijo que ya alcanzó independencia económica.

1.8. Incompensabilidad

En clara relación con lo expuesto anteriormente, por la vía del artículo 151.1 del Código Civil se impide utilizar el mecanismo de la compensación para extinguir la deuda alimenticia de los hijos con otras posibles deudas existentes entre los cónyuges. Esto supone un claro refuerzo de la protección de los alimentos, que alcanza su grado máximo cuando se permite el embargo de todos los bienes del progenitor deudor, yendo incluso más allá de lo necesario

para cubrir las mínimas necesidades que conlleva la vida y de lo establecido en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵, cuando esta misma ley, en su artículo 608, establece como única excepción al límite marcado en el artículo anterior –relativo al embargo de bienes y salarios– los embargos referidos al pago de deudas alimenticias reconocidas en resoluciones judiciales, siempre y cuando se trate de pensiones alimenticias de hijos o cónyuges, otorgando enormes facultades al juzgador para determinar el importe de la cuantía del embargo¹⁶.

Pero el artículo 151.1 del Código Civil no es el único precepto que se opone a la compensación de los alimentos, ya que, dentro de la regulación específica de las obligaciones, el párrafo 2.º del artículo 1200 del Código Civil declara igualmente: “Tampoco podrá oponerse [compensación] al acreedor por alimentos debidos por título gratuito”.

La compensación, conforme a lo establecido en el artículo 1156 del Código Civil, es una de las causas que extinguen las obligaciones; sin embargo, en virtud de la propia

¹⁵ Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones: “1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1.º para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100; 2.º para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100; 3.º para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100; 4.º para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100; 5.º para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Secretario judicial.

4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Secretario Judicial podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del apartado 2 del presente artículo.

5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

6. Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

7. Las cantidades embargadas de conformidad con lo previsto en este precepto podrán ser entregadas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que esta designe previamente, si así lo acuerda el Secretario judicial encargado de la ejecución. En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al Secretario judicial sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el Secretario Judicial”.

¹⁶ Artículo 608. Ejecución por condena a prestación alimenticia: “Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada”.

naturaleza de la obligación de alimentos, difícilmente podrán concurrir los requisitos de la compensación cuando el deudor de la pensión sea el padre y el acreedor, el hijo. Pues, siguiendo lo que se indica en el artículo 1196 del Código Civil y sin detrimento de los requisitos de carácter dinerario, líquido y de exigibilidad de la deuda, difícilmente nos vamos a encontrar con una situación en que ambos obligados lo estén principalmente y a su vez sean acreedores principales del otro, requisito que, desde luego, casi nunca se producirá cuando los hijos sean menores de edad.

Por otra parte, no podemos olvidar que la deuda alimenticia, cuando se trata de pensiones, es exigible por la vía del título judicial, lo que sin duda limita su ámbito para cualquier compensación. Y es que, en la práctica, la mayor parte de los casos en los que se alega compensación de la deuda suelen estar relacionados con créditos entre los progenitores, y no entre el progenitor y los hijos. Así, es habitual que, en ocasiones, pretendan compensarse cuotas pagadas de más de un préstamo ganancial, o gastos vinculados a un bien cuya copropiedad corresponde a los progenitores –como pueden ser impuestos, tasas o derramas extraordinarias–, con los alimentos de los hijos que deben entregarse al progenitor que convive con ellos y que es el encargado de administrar la pensión.

La conclusión a la que llegamos es que cualquiera que sea la deuda entre los progenitores o del padre con el hijo podrá ser reclamada al otro judicial o extrajudicialmente; pero en contadas ocasiones se podrá acudir al mecanismo de la compensación para hacer valer los pagos efectuados por el progenitor no custodio, que adeuda pensiones alimenticias, al custodio, a pesar de que el primero sea, a su vez, acreedor de los gastos relativos al mantenimiento de la sociedad de gananciales, liberalidades o gastos extraordinarios.

Esta argumentación es seguida por la mayor parte de la jurisprudencia, la cual excluye expresamente las pensiones alimenticias del mecanismo de la compensación fijado en nuestro Código Civil, tal y como se recoge, entre otras sentencias, en la SAP Madrid de 4 de mayo de 2001 (EDJ 2001/57162) o la SAP Madrid de 25 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/295872), que afirman que, cuando estamos ante la reclamación de pensiones alimenticias atrasadas, “sabido es por la reiterada doctrina de esta Audiencia, en consonancia con las disposiciones del Código Civil, que respecto de los alimentos de los hijos, estos no son compensables de conformidad con el artículo 1195 del Código Civil”.

Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, precisando el artículo 1196 los requisitos que han de concurrir para que proceda la compensación: que sean simultáneamente

deudoras y acreedoras; que ambas deudas sean dinerarias, líquidas, exigibles y estén vencidas, y que no exista sobre ninguna de ellas retención o contienda promovida por un tercero y notificada al deudor¹⁷.

Concretamente en relación con la pensión alimenticia, el párrafo 2.º del artículo 1200 del Código Civil nos dice de la compensación que “[no] podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito”, y el artículo 151 del Código Civil tampoco permite la compensación de los alimentos “con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”, sin perjuicio de que puedan “compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”.

Las posteriores resoluciones continúan con la misma tendencia. Así, la SAP Barcelona de 20 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/343581) y la SAP Segovia de 29 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/258233) desestiman expresamente la compensación de créditos cuando una de las deudas se refiere a las pensiones impagadas al hijo, “pues el beneficiario de las pensiones alimenticias fijadas en el contrato entre las partes es el hijo común, aunque las cantidades dinerarias se entreguen a la actora para su administración, exigiendo el artículo 1195 del Código Civil para admitir la compensación que las dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, no dándose así en el presente caso pues todas las cantidades cuya reclamación se admite en esta resolución se refieren a créditos a favor del hijo de las partes”.

Conviene añadir que, cuando se trata de la reclamación de pensiones alimenticias, existe la posibilidad de alegar, como argumento en defensa del progenitor al que se exige la pensión, la condonación de las pensiones alimenticias atrasadas o su compensación con otras deudas, tal y como se prevé de forma expresa en el párrafo 2.º del artículo 151 del Código Civil: “podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas”.

Sin embargo, no parece tener sentido que dicho artículo 151 se aplique a las pensiones alimenticias de los hijos, ya que, como hemos expuesto, los alimentos de estos no pueden compensarse con otras deudas, ni tampoco ser objeto de condonación por parte del que administra la pensión alimenticia; lo que además supondría o bien una renuncia o bien una supresión de las garantías que tiene el crédito alimenticio, establecido por convenio aprobado judicialmente.

¹⁷ Artículo 1196: “Para que proceda la compensación, es preciso: 1.º que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; 2.º que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero [...]; 3.º que las dos deudas estén vencidas; 4.º que sean líquidas y exigibles; 5.º que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor”.

1.9. Imprescriptibilidad de la obligación, pero sí del plazo para reclamar

El carácter imprescriptible de los alimentos hay que ponerlo en relación con otras situaciones que tienen una enorme trascendencia en la práctica: por un lado, con el nacimiento del derecho a reclamar dichos alimentos y, por otro, con el derecho a reclamar las pensiones establecidas judicialmente y vencidas.

Como venimos poniendo de manifiesto, el derecho a reclamar alimentos tiene distinta naturaleza en función de que el alimentista sea un hijo menor de edad, un hijo mayor de edad o se trate de otro pariente. Cuando se trata de un hijo menor de edad, dicho derecho surgiría de la patria potestad y, por tanto, el ámbito de la reclamación tiene la lógica limitación temporal de la minoría de edad del hijo. Sin embargo, sobrepasada la mayoría de edad, o habiendo obtenido la emancipación, el derecho es imprescriptible, como lo es el parentesco, y estaría condicionado a la situación de necesidad.

Una cuestión diferente, y que en ocasiones es objeto de confusión, es el plazo procesal en el cual puede realizarse la reclamación efectiva de las pensiones atrasadas reconocidas por una resolución judicial –con independencia de la naturaleza jurídica de la reclamación de los alimentos en virtud de que los hijos sean mayores o menores de edad–, que, como veremos, será de cinco años.

Es evidente que, en este punto, se plantea una clara pugna entre el principio de seguridad jurídica y el principio de beneficio del hijo. Este último principio llevaría a desestimar cualquier plazo de prescripción en las deudas alimenticias; sin embargo, no puede pretenderse que la posibilidad de reclamarlas perviva de forma indefinida, lo que además atentaría contra lo dispuesto en el propio Código Civil, que regula la prescripción de las obligaciones.

La existencia de la prescripción para la reclamación de la obligación alimenticia es indiscutible, teniendo el objeto de controversia una doble vertiente. Por un lado y tal como se venía aplicando habitualmente, nos encontraríamos ante el caso contemplado en el punto 1.º del artículo 1966 del Código Civil, que establece la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación por el transcurso de cinco años desde su devengo. Por otro, podría considerarse de aplicación lo previsto para aquellas acciones personales que no tienen un término específico, y cuyo plazo de prescripción el artículo 1964 del Código Civil –solo desde la reciente reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre– fija en cinco años. Hasta esa fecha, el artículo 1964 establecía un plazo de prescripción de quince años para

estas acciones, lo que, insistimos, ha sido modificado con la Ley 42/2015, al reducirse el plazo de prescripción a cinco años¹⁸. De esta manera, se ha resuelto la discusión sobre si el plazo aplicable a estos casos era de cinco o quince años, al igualarse los plazos de prescripción previstos en los artículos 1966 y 1964 del Código Civil.

La práctica forense actual, dentro del ámbito de las reclamaciones judiciales de pensiones por incumplimiento, ya había resuelto con total claridad dicha controversia, inclinándose por el plazo de prescripción de cinco años; si bien hay que decir que esta cuestión admite matizaciones, que se encuentran en íntima relación con el plazo de caducidad fijado para la reclamación de títulos judiciales previsto en el artículo 518 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio), que hace una clara distinción ente los alimentos reconocidos en títulos no judiciales y en resoluciones judiciales¹⁹. Y es que tratándose de la reclamación de pensiones alimenticias de los hijos en

¹⁸ La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece en su disposición final primera la modificación del artículo 1964 del Código Civil, cuyo párrafo 2.º queda redactado definitivamente de la siguiente manera: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. [...]”.

¹⁹ Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos: “1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

1.º La sentencia de condena firme.

2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o, si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos.

6.º Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y estos, en todo caso, con los libros talonarios.

La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si esta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.

7.º Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados a que se refiere el párrafo anterior.

8.º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

9.º Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”.

Artículo 518. Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación: “La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de

el ámbito de un procedimiento de separación, divorcio, nulidad o medidas paternofiliales, será preceptiva su fijación en sentencia para que pueda despacharse la ejecución.

El hecho de que se aplicase a los alimentos la prescripción de cinco años no se debía tanto a la naturaleza de la prestación, basada en los deberes de auxilio y solidaridad familiar, sino más bien a su forma de prestación periódica en el plazo para el ejercicio de la acción, al computarse de forma sucesiva a medida que se van produciendo los devengos. Ello supone que cada plazo o mensualidad vaya prescribiendo al cabo de cinco años desde el devengo de cada uno de ellos. Dicho plazo prescriptivo se aplica a todas las cantidades asimiladas a los alimentos (como pueden ser las cantidades devengadas por revalorizaciones anuales) así como a los gastos de educación pactados con independencia de las pensiones. Se trata, pues, de un monto que, por sucesivas actualizaciones, debe agregarse a la cifra inicialmente señalada en la resolución judicial y que, evidentemente, forma parte de la correspondiente pensión de alimentos, estando en consecuencia plenamente afecta a las contingencias jurídicas de la misma.

Con base en las consideraciones expuestas, y de forma unánime, la jurisprudencia entiende que respecto a obligaciones diferidas o de tracto sucesivo, como es el caso de la pensión alimenticia mensual, el plazo de los cinco años marcado en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de computarse desde la fecha del incumplimiento denunciado por el ejecutante, por lo que tan solo pueden excluirse de la acción ejecutiva, en su amparo judicial, las obligaciones incumplidas en períodos que se sitúen más allá de los cinco años en relación a la fecha de su efectiva reclamación, tal y como se ha puesto de manifiesto en diversas sentencias: entre otras, la SAP Vizcaya de 11 de enero de 2002 (EDJ 2002/19469), la SAP Valencia de 15 de abril de 2010 (EDJ 2010/111093) o la SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 2011 (EDJ 2011/105468), que afirma que “para que una acción caduque tiene que existir antes la posibilidad de su ejercicio por su titular, por cumplirse el presupuesto necesario de que el obligado ha incumplido, procediendo consecuentemente, el ejercicio de la acción ejecutiva para el cumplimiento forzoso de la obligación y, evidentemente, mientras cumple el deudor de alimentos condenado, se carece de dicha acción, por lo que si la misma nace y se origina cuando se da el incumplimiento, es claro que el *dies a quo* para cómputo de la caducidad comienza cuando se da la posibilidad del ejercicio de acción ejecutiva con éxito; consiguientemente, el punto determinante del cómputo debe de establecerse a partir del impago de la mensualidad correspondiente;

mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”.

incumplimiento del deudor alimentante que, al posibilitar el ejercicio de la acción ejecutiva para el cumplimiento forzoso, es el que precisa y fija la fecha para el comienzo del cómputo de los cinco años”.

La jurisprudencia, de forma unánime, coincide en que se puede reclamar el pago y la actualización de la pensión en cualquier momento, si bien limitando su reclamación a los cinco años anteriores, de tal manera que los alimentos de los hijos deben respetar una cierta inmediatez en la reclamación y no pueden usarse de forma abusiva exigiéndolos varios años después de su devengo.

1.9.1. Diferencias entre prescripción y caducidad en el ámbito de la reclamación de alimentos

Las diferencias fundamentales que existen entre caducidad y prescripción van a tener una enorme trascendencia en este apartado, ya que la primera puede apreciarse de oficio y no existe posibilidad de interrumpir su plazo, en tanto que la segunda deberá alegarse a instancia de parte, permitiendo que, por reclamación judicial o extrajudicial, quede paralizado el plazo prescriptivo.

Al fijarse en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil un plazo de caducidad, el tribunal se encuentra vinculado por el mismo y, en consecuencia, debería denegar el despacho de ejecución por lo que respecta a pensiones que se devengaron con anterioridad a los cinco últimos años; si bien su aplicación es más residual, ya que, por la configuración habitual de la prestación alimenticia como una prestación de carácter mensual, va a producirse la sucesiva prórroga del día inicial de cómputo del plazo de caducidad de cinco años, establecido por el mencionado artículo, para la acción ejecutiva.

En definitiva, la caducidad solamente se invocará en aquellos procedimientos de ejecución de la resolución judicial que afecten a las pensiones alimenticias cuya ejecución se haya demorado en más de cinco años.

Por otra parte, nos encontramos con el plazo de prescripción de la obligación de alimentos, que va a ser objeto de una mayor casuística, si bien actualmente la cuestión es objeto de menor controversia al haber quedado aclarada respecto a su plazo –al haberse fijado idéntico plazo tanto para la prescripción como para la caducidad– que, conforme a lo establecido en la nueva redacción del artículo 1966.1 del Código Civil, se ha reducido al transcurso de cinco años para exigir el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias.

El precepto se interpreta en el sentido de que la prescripción se refiere a las pensiones alimenticias ya devengadas en el período de tiempo precedente a los cinco años anteriores a la presentación de la demanda en que se solicitan, tal y como ya se había realizado en la STS sala 1ª de 24 de febrero de 1989 (EDJ 1989/2027). Ahora bien, al tomarse en consideración la prescripción, no podremos olvidar nunca que el artículo 1973 del Código Civil prevé su interrupción, cuando afirma: “La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”.

La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho – opción que no puede darse en lo que respecta a la caducidad–, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes del cumplimiento del plazo.

El Código Civil prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1973: la reclamación judicial, la reclamación extrajudicial y cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor.

En el ámbito de la reclamación judicial, se tendrá en consideración cualquier reclamación efectuada al deudor tendente a que cumpla su obligación, lo que servirá para interrumpir la prescripción extintiva de la acción personal.

Actualmente constituye pacífica doctrina dentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la voluntad del acreedor se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, debiendo además darse otros dos requisitos: primero, que en el acto de exteriorización se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer, y segundo, que llegue a conocimiento del deudor, tal y como se ha puesto de manifiesto, entre otras, en la STS sala 1ª de 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/102572).

Dentro de estas actuaciones se ha incluido la presentación de una denuncia en cuanto tenga posibles efectos en el orden civil, tal y como se recoge en la STS sala 1ª de 3 de marzo de 2015 (EDJ 2015/21541), o la mera mención en un escrito de la voluntad de reclamar, siempre y cuando se haga entrega de la copia al procurador que representa al deudor, como se ha puesto de manifiesto en la STS sala 1ª de 24 de febrero de 2015 (EDJ 2015/17178).

En consecuencia, en vista del tratamiento generalizado que hace la jurisdicción civil de la materia, podemos afirmar que, en el ámbito de los alimentos, no solo el escrito de

demanda reclamando la obligación alimenticia sería un acto destinado a interrumpir la prescripción, sino que también lo sería cualquier otro acto procesal tendente a preparar la reclamación del derecho pretendido. En definitiva, sería válido cualquier acto procesal que revelase una clara voluntad de conservar el derecho a la reclamación, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 12 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/213145) y 12 de enero de 2015 (EDJ 2015/14596), cuando dicha actuación se refiere a unas simples diligencias preliminares, o bien a la solicitud de medidas cautelares.

La protección del derecho a la reclamación se ha considerado como prioritaria hasta el punto de admitirse incluso cuando la demanda se desiste por adolecer de defectos, generando un requerimiento judicial para su subsanación, lo que se ha tomado como una actuación procesal válida para interrumpir la prescripción, siempre y cuando la misma haya sido comunicada a la parte demandada tal como se recoge en la STS sala 1ª de 4 de octubre de 2012 (EDJ 2012/230107).

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LA CONFIGURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS

2.1. El tratamiento de los hijos menores de edad

Respecto de los hijos menores de edad, siempre existe un deber de mantenerlos o alimentarlos con un contenido material más amplio y que nace a la luz de nuestra Constitución de 1978, en cuyo artículo 39.3 es considerado un deber de asistencia expresamente regulado cuando se afirma que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”.

En esta misma línea regula nuestro derecho privado cuando el Código Civil establece en su artículo 154 –reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia– que “la patria potestad [...] se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y [...] comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes”.

Queda claro que el deber de mantener a los hijos no emancipados se superpone a cualquier otra obligación, incluida la de los alimentos recíprocos entre padres e hijos, siendo figuras jurídicas distintas, tal y como establece la mayoría de la doctrina, entre la que se encuentran las interpretaciones de Beltrán de Heredia y Onís²⁰, Castán Vázquez²¹ y Bercovitz Rodríguez-Cano²².

Dicha distinción entre el deber de mantener a los hijos y la obligación de alimentos tiene su principal precedente en la acción que había de ejercitar la madre, en representación del hijo menor, para reclamar los alimentos al padre basada en el artículo

²⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, “Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil”, en Manuel Albadalejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2, Madrid, Edersa, 2004, p. 1.

²¹ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “Comentarios a los artículos”, en Manuel Albadalejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2, Madrid, Edersa, 2004, pp. 120 y ss.

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario a los artículos 154 a 161, 164 a 168, 172 a 180, 184, 189, y disposiciones transitorias 9 y 10 de la Ley 11/1981”, en Manuel Amorós Guardiola *et. al.* (coords.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1051.

155 del Código Civil promulgado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 –que se corresponde con el actual artículo 154–, y no la derivada de los artículos 142 y siguientes del Código Civil vigente.

Sin embargo, los alimentos debidos al hijo menor de edad no tienen las limitaciones de los debidos a otros parientes, ya que el deber de alimentar a los primeros, al basarse en la filiación, será exigible siempre, incluso aunque no se ostente la patria potestad. Por el contrario, la estricta obligación alimenticia entre padres e hijos tiene su única fuente en el estado de necesidad del alimentista y en la correlativa posibilidad del alimentante de socorrerlo sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, lo que significa que su exigencia es relativa.

El deber paterno de alimentar a los hijos no emancipados o menores es el más amplio reconocido por el derecho, pues no está sometido a las limitaciones del artículo 142, y así lo considera la doctrina, como se deduce de las opiniones de Peña Bernaldo de Quirós²³ o Díez-Picazo y Gullón²⁴. Sin embargo, hay autores que discrepan de este planteamiento. Es el caso de Beltrán de Heredia y Onís²⁵, quien afirma que “se trata de dos obligaciones alimenticias cuyo contenido es idéntico”.

Con algún matiz se pronuncia Bercovitz Rodríguez-Cano²⁶ cuando afirma que “en su dimensión de asistencia directa, comprende todos los ámbitos enumerados en el artículo 142, salvo la educación, puesto que esta se encuentra expresamente contemplada en el propio párrafo segundo del artículo 154, y se extiende pues al sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

A pesar de estas opiniones minoritarias, no puede dudarse de que la obligación de mantenimiento de los menores no emancipados es de mayor contenido, e incluso de cuantía más amplia, que la simple obligación recíproca de alimentos. Dicha obligación alimenticia de los hijos menores queda incardinada dentro de las cargas matrimoniales o familiares, para lo cual habría que hacer referencia al punto 1.º del artículo 1362 del Código Civil, que refiere un gasto más extenso que el del artículo 142 del Código Civil,

²³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “Comentarios a los artículos 108 a 141”, en Manuel Amorós Guardiola *et. al.* (coords.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 628.

²⁴ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, *op. cit.*, pp. 292-293.

²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, “Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil”, *op. cit.*

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario a los artículos 154 a 161...”, *op. cit.*, p. 1051.

que constituye simplemente los mínimos necesarios, ya que en el artículo 1362 se incluye el completo sostenimiento de la familia, además de los gastos de previsión.

Por otra parte, como sostiene Moreno Mozo²⁷, la cuantía vendrá determinada por los usos y circunstancias de la familia, a diferencia de la obligación recíproca de alimentos, en la que hay que atenerse a lo establecido en los artículos 146 y 147 del Código Civil.

Padial Albas²⁸, por su parte, considera el deber de alimentar a los hijos menores “como un derecho exigible desde el mismo momento del nacimiento del hijo y cuya duración se prolonga hasta su emancipación”; mientras que los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como recoge Bercovitz²⁹, “duran toda la vida y se refieren a situaciones de necesidad, siendo aplicables a los hijos y sus progenitores, a partir de la emancipación de los primeros”.

A su vez, Moreno Mozo³⁰ insiste en que se trata de una obligación de alimentos de diferente naturaleza, “ya que frente a la reciprocidad de los alimentos entre padres e hijos recogidos en el artículo 143 del Código Civil, la alimentación o mantenimiento de los hijos menores no emancipados es una obligación unilateral, inexcusable y principal de los padres”.

Todo ello acredita que la obligación de alimentos de los padres hacia los hijos, ya sean biológicos o adoptados, tendrá la máxima protección, sin perjuicio de los diferentes escenarios que puedan producirse una vez alcancen la mayoría de edad, y tendrá su máxima expresión en el pronunciamiento judicial sobre las obligaciones de los cónyuges incurso en una crisis matrimonial respecto de sus hijos.

El legislador de 1981 utiliza diferentes conceptos a la hora de significar las posibles prestaciones económicas que surgen como consecuencia de una separación, una nulidad matrimonial o un divorcio, haciendo en unas ocasiones referencia a las cargas del matrimonio y en otras, a los alimentos, cuestión abundantemente tratada y

²⁷ MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, colección de Derecho Privado Rodrigo Bercovitz, 2008, p. 84.

²⁸ PADIAL ALBÁS, Adoración, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, p. 36.

²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios a los artículos 154 a 161...”, *op. cit.*, p. 1052.

³⁰ MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, *op. cit.*, p. 85.

que García Rubio³¹ resuelve diciendo “que las únicas obligaciones de naturaleza alimenticia que se deben tras una crisis matrimonial, provocada por la separación o el divorcio, son las que se derivarían de los cónyuges o ex cónyuges para con sus hijos”, si bien es innegable que existen otras cargas vinculadas a la sociedad de gananciales o al patrimonio familiar, que sin tener naturaleza alimenticia sin duda van a estar en íntima relación con aquellas, llegando en no pocas ocasiones a condicionar la cuantía de la prestación y la forma de prestarla.

Y es que no podemos negar que, en la práctica, cualquier carga de naturaleza económica, sea cual sea su origen, será un condicionante a la hora de determinar la cuantía de los alimentos de los hijos; lo que no es óbice para situar a los menores de edad como objeto de máxima protección, en el sentido más extenso y con un contenido más amplio que si se tratara de hijos aún dependientes económicamente pero ya próximos a iniciarse en el mundo de los adultos.

La protección de los hijos menores de edad, al tener un contenido más amplio, comprende no solo lo necesario para vivir, sino también la satisfacción de cualquier exigencia vital, obligación que no se agota con la entrega de una suma de dinero, sino que incluye comportamientos directos de asistencia y desarrollo físico-psíquico de los hijos tendentes a conservar el estatus de vida previo a la ruptura.

Todo lo anterior establece una clara diferencia con respecto a los alimentos de los hijos mayores de edad ya independientes, que se refieren a lo indispensable para la supervivencia cuando se produce una situación de necesidad que impide una existencia digna; si bien dicha obligación admite matizaciones dependiendo de las circunstancias personales de los hijos, tales como la edad, el grado de formación y las posibilidades de acceso al mercado laboral, etc. Sin embargo, nuestro ordenamiento no regula el contenido mínimo por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento del deber de alimentar a los hijos, debiendo garantizarse todos los auxilios necesarios. Esta obligación no puede plantearse de forma aislada y autónoma, sino que ha de conectarse con el principio de proporcionalidad y atender las necesidades que se produzcan en cada momento; y es que es evidente que los hijos van pasando por sucesivas etapas –en constante evolución y, normalmente, progresión– y, a medida que crecen, aumentan también los gastos que ocasionan, ligados a sus necesidades vitales, siendo el

³¹ GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 36-75.

fundamento de la exigibilidad de los alimentos, con independencia de que sean mayores o menores de edad, el simple nacimiento de los hijos.

No cabe, pues, discusión sobre la idea de que, en el caso de los hijos menores de edad, la obligación alimenticia existe incondicionalmente y que estos son objeto de la máxima protección, tal y como establece el párrafo 3.º del artículo 145 del Código Civil³². Por consiguiente, no serían aplicables las causas de extinción previstas en los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 152 del Código Civil. Y en cuanto a la causa 2.ª del mismo artículo, señala que cesará la obligación de dar alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos, sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Ahora bien, si hablamos de la pensión alimenticia establecida judicialmente con respecto de los hijos menores de edad, esta no podrá sustituirse “recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a [los alimentos]”, en virtud de lo establecido en el artículo 149 del Código Civil, pues este mismo artículo especifica que “esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

En definitiva, como veremos en posteriores apartados de esta tesis, el juez de familia va a disponer de especiales facultades en los procedimientos, ya que, como señala el párrafo 1.º del artículo 93 del Código Civil, deberá ser él quien adopte las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Como sostiene Lázaro Palau³³, el juez debe tender en todo momento a mantener la máxima protección del menor, ya que “hay que pensar que los hijos no pueden ser privados del nivel de que gozaban con anterioridad, ni condenarlos a la estrechez o a la miseria, en consecuencia, la cuantía de los alimentos ha de garantizarles las mismas

³² El párrafo 3.º del artículo 145 establece que “cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y esta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso este será preferido a aquel”.

³³ LÁZARO PALAU, Carmen María, *La pensión de alimentos de los hijos: Supuestos de separación y divorcio*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2008, p. 31.

prestaciones de que disfrutaban e incluso mejorarlas, si los ingresos de los obligados a prestarlos mejoran”.

Una vez más se pone de manifiesto la importancia del estatus social en el que se desenvuelve la unidad familiar, ya que sirve como elemento de especial consideración a la hora de determinar las necesidades de los hijos, las cuales, en su ámbito familiar, podrían ser calificadas como normales u ordinarias. Valoradas en otro ámbito distinto, podrían alcanzar el rango de excepcionales o extraordinarias, lo que obliga al juez a analizar cada caso concreto y, una vez estudiadas las pruebas, determinar el nivel de vida habitual de la familia mientras permanecía junta; valorando incluso situaciones tales como aquellas renunciadas a los ingresos adicionales con objeto de aminorar la obligación.

2.2. El tratamiento de los hijos mayores de edad no emancipados

Idéntica reflexión debemos hacer respecto a la situación de los hijos mayores de edad que continúan viviendo en el domicilio familiar y que, por carecer de recursos para independizarse, continúan bajo el cuidado de los progenitores, debiendo estos contribuir a su educación y alimentación, como establece el artículo 142 del Código Civil. Este último concepto debe entenderse no en el mero sentido de nutrición, sino con el carácter global de garantizar el máximo desarrollo posible del hijo, lo que supone que se haga inaplicable, por definición, la opción del artículo 149 de Código Civil, propio del régimen de deuda alimenticia *strictu sensu*. Y es que, como analizaremos de forma pormenorizada en sucesivos capítulos de esta tesis, cuando se trata de hijos mayores dependientes, se justifica que en el procedimiento de familia se establezcan las pensiones alimenticias en los mismos términos que en el caso de los hijos menores de edad. Este razonamiento es perfectamente válido siempre y cuando los hijos cumplan con las obligaciones de estudiar y procurarse un futuro; ya que, como veremos, los juzgados y tribunales no suelen olvidar que, al alcanzar los hijos la mayoría de edad, se extingue la patria potestad y, a partir de ese momento, son plenamente capaces –al menos desde el punto de vista jurídico– para tomar sus decisiones, lo que no puede llevar a la perpetuación de la pensión alimenticia.

Por tanto, los alimentos de los hijos dependientes mayores de edad son una especie dentro del género de los alimentos entre parientes del artículo 142 y siguientes del Código Civil, que van a determinarse en función de dos circunstancias: por un lado,

la necesidad de convivencia en el domicilio familiar y la situación de crisis matrimonial y por otro, como desarrollaremos más adelante, la capacidad del hijo de demostrar que es merecedor de los mismos, por el esfuerzo y aprovechamiento en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades.

En ningún caso lo manifestado puede dar lugar a interpretaciones erróneas en virtud de las cuales el derecho de alimentos suponga establecer categorías entre los hijos –de primera división si son menores, y de segunda división si son mayores de edad–; sino que se trata de que, teniendo el hijo mayor plena capacidad de obrar y de tomar decisiones, sea consecuente con su estatus jurídico de mayoría de edad y tienda de forma natural a la independencia económica, sin perjuicio de que haya que ser más o menos riguroso en función de la edad o de la situación del mercado laboral. En contrapartida, es rechazable considerar al hijo mayor de edad como un pariente más yendo en contra de la propia naturaleza de la obligación, ya que la extinción de la patria potestad por el mero hecho de que uno de ellos alcance la mayoría de edad no puede suponer una discriminación entre los hijos.

La cuestión se simplifica mucho cuando el hijo es mayor de edad y vive independiente de sus progenitores, lo que sin duda conlleva que el derecho a los alimentos se rija por lo establecido en el Título VI del Libro I del Código Civil, por tratarse de alimentos entre parientes; con lo cual, la cuantía de los alimentos quedará determinada por el juez teniendo en cuenta la necesidad que el hijo tenga de los alimentos en concordancia con lo estipulado en el artículo 148 del Código Civil. La cuestión carece de discusión cuando por sí solo pueda paliar sus necesidades, por lo que solamente deben reclamarse los alimentos previstos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil cuando se dé una situación de necesidad, y estos cubrirán eventualmente “todo lo que es indispensable”, atendiendo al caudal de sus padres y a las necesidades de quien los recibe, según establece el artículo 146 del Código Civil.

Sin embargo, nuestro legislador –salvo en algún derecho foral, como el aragonés, y siempre con matices– no ha sido capaz de establecer en el Código Civil el límite en virtud del cual el hijo mayor de edad alcanza la total independencia económica de sus padres; y mucho menos de determinar, en aquellas situaciones en las que se entiende que los hijos han completado su formación académica, si estos tienen una mera capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio pero se encuentran con graves

problemas de desempleo, o si, por el contrario, carecen del más mínimo interés por independizarse, dando lugar a una situación de pasotismo y parasitismo social.

También habrá que tener en cuenta, sin perjuicio de que el hijo mayor de edad ejerza con suma diligencia su obligación formativa, que no se pueden obviar las posibilidades económicas de los padres para sufragarla, pues no se les puede obligar con carácter perpetuo, y mucho menos si ello pone en peligro, además, las prestaciones del resto de los hijos, menores de edad inclusive.

En este aspecto, la SAP Pontevedra de 30 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/325665) sostiene que, “respecto de la pensión de alimentos a favor de las hijas mayores de edad, no procede su extinción, pues no ha variado la situación de las mismas desde que se decretó el divorcio. Señala la Audiencia Provincial que una de las hijas ha probado que sigue estudiando, lo que alterna con trabajos esporádicos y precarios. La hermana de la misma está actualmente en situación de desempleo y a pesar de haber tenido un hijo, depende económicamente de la madre, ya que su pareja solo le ayuda respecto al hijo común”.

Por su parte, la STSJ Aragón de 16 de abril de 2012 (EDJ 2012/78635) declara que “ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en reclamación de alimentos. El tribunal acuerda casar y dejar sin efecto la resolución. Sostiene que no cabe estimar que se modificara la causa de pedir cuando la sentencia recurrida valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón y no el artículo 142 del Código Civil, que servía de base a la demanda, y del que no hace mención alguna la sentencia, al atender ambas a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trata de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paternofilial. No considera que la sentencia infringiera artículo por el hecho de decidir, de oficio, cuál de ambos preceptos es de aplicación preferente. La sentencia recurrida hizo una incorrecta aplicación de la norma, cuando declaró el nacimiento de la obligación prevista en el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón, en el que la prolongación de la autoridad familiar no había tenido lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica, al no admitirse su constitución *ex novo*. Atendiendo a las previsiones contenidas en el artículo 142 y siguientes del Código

Civil, reguladores del régimen general de alimentos entre parientes, declara que no puede estimar la pretensión del hijo, al no poder dar por cierto que exista la situación de necesidad que sostiene, no imputable a él o causada por su falta de diligencia”.

La SAP Alicante de 12 de febrero de 2015 (EDJ 2015/64581) “declara extinguida la obligación de pago de alimentos respecto a uno de los hijos. Declara la Sala que la obligación del pago de alimentos a los hijos mayores de edad se extiende hasta que estos alcanzan la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. En el caso, el hijo es mayor de edad, ha completado sus estudios de formación profesional y ha trabajado por espacio de un año, tras lo cual se ha dado de baja en el servicio público de empleo, encontrándose en una situación apta para desarrollar un trabajo, por lo que procede la extinción de la obligación del pago de alimentos”.

Y la SAP Toledo de 11 de junio de 2015 (EDJ 2015/122453) “desestima el recurso de apelación de la esposa demandada y confirma la extinción de la pensión de alimentos a favor de la hija. Señala la Sala que concurren las circunstancias precisas ya que la hija tiene 25 años de edad y es evidente la desidia en la dedicación a los estudios necesarios para acceder a un mundo laboral cualificado”.

El hecho de que los progenitores se hayan separado o divorciado no es motivo suficiente para reducir el período de formación de los hijos; sin embargo, ha de partirse del hecho cierto y evidente de que, una vez dividida la familia, los ingresos que antes podían bastar para mantener las necesidades de todos los componentes de la unidad familiar con un cómodo nivel de vida ya no van a permitir atender con la misma holgura a los dos núcleos que se forman como consecuencia de la ruptura matrimonial. Habida cuenta de que la formación de los hijos se traduce en un aumento de gastos, conjugar ambas realidades resulta poco menos que imposible, pues las cifras acabarán imponiéndose.

En consecuencia, analizada la estructura de la obligación alimenticia en nuestro Código Civil, debemos plantearnos qué soluciones pueden existir para que, en los procedimientos de familia, las pensiones alimenticias no supongan unos gastos inasumibles para los progenitores, especialmente para aquel que no ostenta la custodia, y para que todas estas circunstancias –que generan un enorme conflicto tanto personal como legal– no afecten a la relación paternofilial, incluso en aquellos supuestos en que

la obligación de alimentos pueda ser más discutible, como es el caso de los hijos mayores de edad pero que aún no han finalizado sus estudios.

Actualmente nos encontramos con que son los juzgados los que deben poner las líneas rojas en cada supuesto concreto, pudiendo afirmarse que si en autos no se acredita ningún fracaso escolar de los hijos, la pensión alimenticia deberá mantenerse hasta que finalicen su formación.

Por el contrario, si queda probado que los hijos mayores de edad no asumen sus obligaciones y tienen un bajo rendimiento académico (suspenden sucesivamente los cursos en que se matriculan), la pensión podrá reducirse e incluso suprimirse; situación que también puede aplicarse a la falta de constancia en el trabajo: por tanto, si el hijo ha tenido ocasión de trabajar y ha dejado los puestos o ha sido despedido por causa imputable a él mismo, la pensión alimenticia debe igualmente considerarse extinguida.

Menos discusiones se plantearán cuando los hijos salgan del domicilio familiar para independizarse; sin embargo, el hecho de que vivan en pareja servirá para alterar el orden de prelación en la reclamación de alimentos a los parientes, puesto que, como se indica en el artículo 144 del Código Civil, la reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el siguiente orden: primero, al cónyuge; en segundo lugar, a los descendientes de grado más próximo, y finalmente, a los ascendientes, también de grado más próximo.

En definitiva, la fijación de la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad, dentro del procedimiento de familia, está basada en los criterios de convivencia en el domicilio familiar y falta de capacidad económica propia, lo que constituye sin duda una excepción al régimen general de alimentos entre parientes. Por ello, para la fijación de los alimentos es requisito la convivencia del hijo con un progenitor –requisito que no figura en los artículos 142 y siguientes del Código Civil–, de tal manera que si en el momento de la separación o el divorcio había hijos que no convivían en el domicilio familiar, la sentencia matrimonial o de medidas paterno-filiales nunca podrá fijar una pensión alimenticia para ellos, sino que se hará a través del correspondiente procedimiento de alimentos entre parientes.

Esta situación se dará también cuando el cese de la convivencia del hijo mayor de edad se produzca en un momento posterior al de la resolución judicial que determina la contribución alimenticia, lo que le coloca en la misma posición de los que

abandonaron el domicilio familiar y, por consiguiente, procederá la extinción de la pensión alimenticia dentro del proceso matrimonial³⁴.

El Tribunal Supremo ha sido concluyente a la hora de determinar el alcance de esta obligación de alimentos en su STS sala 1ª de 2 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/225206), manteniendo el imperativo constitucional por el que los padres tienen la obligación de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, como promulga el artículo 39 de la Constitución Española, y, conforme a tal mandato, dictamina que “existe un deber de diligencia de los padres, en orden a satisfacer las necesidades de sus hijos, en todo caso, tratándose de menores (artículo 93 del Código Civil), como consecuencia directa de la patria potestad, sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestarlos carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, especialmente en los supuestos previstos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siendo los hijos mayores de edad [...]”.

Ahora bien, los ingresos del alimentante, en este caso, deben referirse a cantidades inferiores incluso al “mínimo vital”.

³⁴ La SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 de octubre de 2014 (EDJ 2014/298214) estima “el recurso de apelación del esposo declarando extinguida la obligación alimenticia respecto a uno de los hijos mayores por haber accedido al mercado laboral aunque tenga trabajos precarios. Respecto al otro hijo se limita la pensión de alimentos a un año, momento en el que se entiende ya podrá subvenir sus propias necesidades”. En este sentido se está generalizando el criterio de las audiencias provinciales de establecer un límite temporal a la pensión alimenticia en casos en los que se entiende que todavía no existe causa de extinción pero se puede obtener a corto plazo un empleo que garantice la propia subsistencia.

La SAP Alicante de 26 de octubre de 2015 (EDJ 2015/234366) concede “la pensión de alimentos al hijo, con cargo a los padres, cuando a pesar de tener una buena formación académica y una considerable experiencia profesional y poder, por tanto, ejercer un oficio, sin embargo no lo encuentra. No es aplicable la exención de la obligación, aunque sí su limitación temporal, pues el hijo debe esforzarse en procurarse su propio destino y no vivir siempre a expensas de sus padres”.

La SAP A Coruña de 2 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/256945) indica que, “respecto de la pensión de alimentos de la hija, hay que tener presente, de acuerdo con el artículo 93 del Código Civil (EDL 1889/1) y con lo que reiteradamente viene estableciendo la jurisprudencia menor, que la mayoría de edad no comporta de modo automático la extinción de la pensión alimenticia, pues la propia realidad social demuestra que los hijos, aun adquirida la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, continúan bajo la dependencia económica de sus padres, habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy en día acceder al mercado de trabajo con objeto de obtener unos ingresos que le permitan llevar una vida independiente de sus progenitores. El artículo 39.3 de la Constitución Española (EDL 1978/3879) establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos del matrimonio o fuera de él, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda, tal obligación solo termina para el progenitor alimentista si coincidiendo con su nuevo estado de mayoría de edad, que genera la salida de su potestad, conforme al artículo 154 del Código Civil (EDL 1889/1), tuviera un trabajo estable y remunerado que le facultase su independencia económica”.

Esta sentencia viene a transformar en jurisprudencia mayor la reciente jurisprudencia menor sobre la materia, repetida especialmente desde que se inició la actual crisis económica (es decir, desde 2007 hasta el presente), jurisprudencia en la que destacan la SAP Murcia de 10 de octubre de 2013 (EDJ 2013/214954), la SAP Barcelona de 31 de enero de 2013 (EDJ 2013/15606), la SAP Asturias de 26 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/244755), la SAP Zamora de 19 de enero de 2014 (EDJ 2014/276021) y la SAP Madrid de 21 de enero de 2014 (EDJ 2014/12559), que han venido defendiendo que, para poder alterar las medidas acordadas en los convenios reguladores de la separación o divorcio o las medidas paternofiliales fijadas por el juez, no basta con acreditar que variaron las circunstancias que en su día determinaron unos pactos o pronunciamientos concretos, sino que es menester demostrar que esa alteración que se quiere hacer valer es sustancial o relevante, o, lo que es lo mismo, que tiene su origen en unos hechos que implican un notable cambio en la situación contemplada al tiempo de pactarse el convenio precedente o dictarse la resolución anterior. Esta exigencia es obligada, por una parte, para dar de alguna manera efectividad al principio de cosa juzgada en esta clase de juicios y, por otra, para evitar que con una abusiva proliferación de juicios se pueda poner en peligro una mínima estabilidad familiar.

Si bien es cierto que dichas medidas son revisables –tanto en lo que respecta a su procedencia como en su cuantía, si tienen contenido económico–, también lo es que su extinción o modificación cuantitativa está legalmente condicionada a una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su establecimiento, de tal suerte que solo podrán ser modificadas en el supuesto de que se produzcan alteraciones sustanciales en las referidas circunstancias o en la fortuna del obligado a su pago o del beneficiario de las medidas. En cualquier caso, como establecen dichas resoluciones, al encontrarnos ante un deber inexcusable por derivar de las obligaciones del ejercicio de la patria potestad y dada la obligatoriedad de su regulación que para estos casos impone el artículo 93 del Código Civil, siempre procederá fijar un mínimo vital, sin perjuicio de que por razones de fuerza mayor en algún caso no pueda ser atendido. “Este ‘mínimo vital’ que ha sido tenido en cuenta también en diversas sentencias de esta Audiencia, como la de 14 de julio de 2005 (EDJ 2005/151711), en la que se considera que dicho mínimo vital necesario para una subsistencia digna está amparado en la pensión alimenticia del artículo 91 del Código Civil (EDL 1889/1), por lo que no es necesario acreditar las concretas necesidades del menor, ni las del padre o madre obligado, por

razones obvias de la obligación de los mismos de sufragar las necesidades mínimas, como las de comida, vestido y vivienda mismas”.

Ahora bien, como vamos a ver a lo largo de esta tesis doctoral, las controversias en torno a la necesidad de dar alimentos a los hijos mayores de edad son múltiples, y pueden surgir al tratar de determinar si el hijo ha abandonado definitivamente el domicilio familiar o si continúa conviviendo parcialmente en él, lo que puede suceder tanto si el hijo reside en dicho domicilio durante largos períodos como si solo esporádicamente pasa cierto tiempo en él, situaciones que dependerán del grado de continuidad de la convivencia con el progenitor al que parece referirse el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil.

Lo anterior no es óbice para que, en determinados supuestos y atendiendo a las circunstancias excepcionales de cada caso, no se haya considerado que el cese de la convivencia con el otro progenitor sea causa suficiente para la extinción de la pensión alimenticia, de tal manera que, en ocasiones, se ha exigido como requisito añadido para la extinción que concurra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 150 y 152 del Código Civil.

En esta línea se ha venido pronunciando la jurisprudencia menor, en sentencias como la SAP Badajoz de 3 de junio de 2014 (EDJ 2014/105095), la SAP Badajoz de 3 de febrero de 2016 (EDJ 2016/8463), la SAP Asturias de 19 de marzo de 2015 (EDJ 2015/51984) y la SAP Badajoz de 29 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/195257), que exponen que “es verdad que el artículo 93.2 del Código Civil (EDL 1889/1) reconoce el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad –continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad– si conviven en el domicilio familiar y carecen de independencia económica. De ahí que el mero hecho de la mayoría de edad de un hijo no sea por sí solo suficiente para extinguir la pensión. Ahora bien, como ha resuelto la jurisprudencia, los alimentos del hijo mayor de edad, en cuanto a su pervivencia, no están condicionados únicamente a la convivencia en el hogar familiar y la falta de autonomía económica, pues ello podría derivar en una cómoda postura del alimentista, de modo que, cubiertas sus necesidades básicas, no se esforzara en lograr por sí mismo recursos pecuniarios o no pusiera empeño en culminar su formación académica, como presupuesto básico de su devenir laboral (por todas, véase la STS de 1 de marzo de 2001). La obligación de los padres de prestar alimentos carece de justificación para los hijos mayores de edad cuando estos han alcanzado la posibilidad de proveer por sí

mismos sus necesidades. El artículo 152.3 del Código Civil (EDL 1889/1) prevé el cese de la obligación de alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria. La necesidad debe provenir de causa inimputable al alimentista, siendo asimilable la falta de diligencia laboral a la desidia en la dedicación a los estudios, pues lo contrario sería favorecer una postura pasiva a la hora salir adelante en la vida (STS de 5 de noviembre de 2008)''.

3. TRATAMIENTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS FUERA DEL ÁMBITO DEL CÓDIGO CIVIL: COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DERECHO EUROPEO

Tras el estudio genérico del tratamiento que hace el Código Civil de la prestación alimenticia de los hijos, procedemos a centrarnos en el estudio pormenorizado de la pensión alimenticia de estos, lo que supone la concreción de los alimentos debidos a los hijos en situaciones de no convivencia, motivadas normalmente por un escenario de conflictividad entre los progenitores o entre estos y los hijos; circunstancia esta última que dotará a la pensión de algunas peculiaridades.

Los alimentos a los que alude el artículo 93 del Código Civil se encuentran en íntima relación con el artículo 142 del mismo texto legal, que fija el contenido de la prestación alimenticia; si bien el artículo 93 de Código Civil es más explícito a la hora precisar qué elementos se han de tener en cuenta para fijar la pensión: por un lado, “las circunstancias económicas” y, por otro, “las necesidades de los hijos”, siendo la edad de los hijos y el momento en que se haga la solicitud lo que determinará la cuantía de la prestación.

Centrándonos en el aspecto práctico de los elementos que afectan a la pensión alimenticia –y siempre poniéndolos en relación con los nuevos problemas surgidos como consecuencia de la evolución social, económica y cultural–, debemos hacer referencia a aquellas cuestiones más controvertidas, con el objetivo último de encontrar soluciones al alto índice de conflictividad familiar que se traduce en los difíciles procedimientos matrimoniales o de pareja, cualquiera que sea su naturaleza.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que nuestra regulación establece la posibilidad de fijar dicha pensión bien como alimentos provisionales, mientras se tramita el procedimiento principal, o bien en forma de alimentos definitivos, en el momento en que el juez dicta la sentencia y resuelve sobre el asunto, ya sea de forma contenciosa en cualquiera de las modalidades previstas (separación, divorcio, nulidad, medidas paternofiliales, filiación, incidente de patria potestad o simple reclamación de alimentos), ya sea homologando el convenio regulador, en el caso de los procedimientos de mutuo acuerdo.

Es evidente que el ámbito socioeconómico en el que se desenvuelva la familia va a afectar al *quantum* de la pensión de alimentos, si bien constituye una mera cuestión instrumental, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, encontrando dicha pensión su fundamento último en el artículo 39 de la Constitución Española que establece que los poderes públicos garantizarán “la protección social, económica y jurídica de la familia”, así como en el principio de solidaridad familiar, que se apoya en los preceptos del Código Civil ya analizados en los apartados anteriores y en el régimen general de alimentos regulado en los artículos 142 a 153 del Código Civil.

Paradigmática en este sentido es la STS sala 1ª de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319) cuando afirma que “la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de la solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Ahora bien, la obligación alimentaria supone la existencia de dos partes: una acreedora, que ha de cumplir, aunque sea hipotéticamente, la condición de necesitado, y otra deudora, que ha de poseer los medios y bienes suficientes para atender la deuda.

Pues bien, teniendo además en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil –que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas–, no cabe la menor duda de que hay base más que suficiente para que siga vigente tal obligación, debiendo garantizar la pensión alimenticia de los hijos el mayor ámbito de protección posible, como consecuencia de los obstáculos a los que se enfrentan actualmente los hijos para poder emanciparse de los padres, debido a las dificultades para acceder al mercado laboral.

La regulación jurídica relativa a las relaciones paternofiliales recogida en los artículos 154 a 180 y, especialmente, la de los artículos 93 a 106 del Código Civil, dedicados a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, constituye el núcleo esencial de la normativa que afecta a la pensión alimenticia de los hijos, ya sean mayores o menores de edad.

Sin embargo, desde la perspectiva procesal existe una diferencia adicional: mientras que los alimentos de los hijos mayores de edad totalmente emancipados se reclamarán por la vía del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –es decir, por el cauce verbal ordinario–, el resto de reclamaciones alimenticias de los hijos, ya sean las

de los menores de edad o las de los hijos mayores que dependen de sus padres, se harán por la vía de los procedimientos especiales regulados en los artículos 748 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello sin perjuicio de las normas relativas a la ejecución de títulos judiciales en materia alimenticia prevista en los artículos 518 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni de los procedimientos regulados por la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que establece en sus artículos 86 y siguientes las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la patria potestad o de la guarda y custodia, vinculadas con el artículo 156 del Código Civil, lo que sin duda también tendrá repercusión en las pensiones alimenticias de los hijos.

Tal y como señala Pérez Martín³⁵, la regla general es que la pensión alimenticia de los hijos menores de edad siempre se fije imperativamente, puesto que lo contrario implicaría liberar a un progenitor de su obligación de prestar los alimentos.

La obligación imperativa de pagar la pensión se encuentra recogida en el artículo 154 del Código Civil –reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia a la adolescencia– y es reiterada, a los efectos de los supuestos de crisis matrimonial, en el artículo 93 del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, aunque la presente tesis pretenda analizar la problemática de la pensión alimenticia exclusivamente desde la perspectiva del Código Civil español, no podemos obviar la necesidad de hacer una breve referencia –por mínima que sea– a los aspectos más relevantes del derecho autonómico foral en materia de alimentos, con el fin de ofrecer una visión más completa de la compleja normativa española. Y es que, en algunos casos, el fuero personal de los miembros de la familia puede determinar la aplicabilidad de distintos regímenes jurídicos por los que se rige la deuda alimentaria.

Además del derecho común contenido en nuestro Código Civil, existen especificaciones –de diverso alcance y trascendencia– en esta materia contenidas en algunos derechos territoriales o autonómicos.

Añádase que también hay algunas normas de ámbito supraterritorial o supranacional, emanadas de los órganos de la Unión Europea e integradas en nuestro ordenamiento jurídico, así como otras procedentes del derecho extranjero y que, en

³⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso: Separación, divorcio y nulidad. Aspectos sustantivos*, vol. 1, Madrid, Lex Nova, 2013, pp. 548 y ss.

ocasiones, son de aplicación como consecuencia de la inmigración. De todo ello, insistimos, se dará una visión global.

3.1. La pensión de alimentos de los hijos en el ámbito de las comunidades autónomas

Dentro del derecho estatal, vamos a encontrarnos con algunas comunidades autónomas cuya legislación específica ha tenido una incidencia concreta en la regulación de la pensión alimenticia; normalmente, aquellas que han incorporado a sus ordenamientos jurídicos modalidades de custodia compartida que, en definitiva, van a suponer una particularidad con respecto al derecho regulado en nuestro Código Civil –que es el objeto de nuestro trabajo. A continuación vamos a analizar la legislación de algunas comunidades autónomas, centrándonos en el ámbito de la pensión alimenticia de los hijos.

3.1.1. Cataluña

El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, aprobado por la Ley del Parlamento de Cataluña 25/2010, de 29 de julio (EDL 2010/149454) y que entró en vigor el 1 de enero de 2011, abandonó el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significaba automáticamente que los hijos debían separarse del progenitor no custodio para ser encomendados individualmente al otro.

Por el contrario, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio, la separación o la ruptura convivencial como pareja estable no alteren las responsabilidades de los progenitores para con los hijos, que implican cuidarles, prestarles alimentos –en el sentido más amplio–, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral, además de administrar su patrimonio y representarlos.

El legislador parte, por tanto, del criterio preponderante de que la guarda debe ser compartida, lo que significa que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos. Esto no supone que los períodos de las estancias de los hijos con cada progenitor sean igualitarias, sino que cada caso concreto habrá de resolverse atendiendo a los criterios establecidos por el legislador y, lógicamente, a cualquier otro elemento relevante para el bienestar del hijo.

En definitiva, dicha normativa no entiende la guarda y custodia compartidas o la guarda compartida como la equiparación de los períodos de estancia de los hijos con cada uno de los padres; se trata de un concepto más amplio que supondrá no solo unas estancias más o menos igualitarias, sino la atribución a ambos progenitores de todas aquellas funciones y obligaciones diarias relacionadas con los hijos –incluida la de abonar los alimentos; pero también otras, como recogidas y entregas en el colegio; visitas médicas; compra de ropa, comida y otros enseres habituales, etc.– que serían difíciles de realizar de forma conjunta con el sistema establecido en nuestro Código Civil, que prevé que estas funciones las ejerza el titular de la guarda y custodia. El legislador catalán se decanta claramente por que sean ejercidas por ambos progenitores, generalmente de forma distribuida, lo que, por un lado, puede servir para atenuar la conflictividad y, por otro, permite establecer una mejor operatividad en el día a día.

En nuestra opinión, si no existe una distribución igualitaria del tiempo entre los progenitores, el reparto de las funciones entre ellos habrá de hacerse en el ejercicio de la patria potestad compartida, cuyo refuerzo en la actividad diaria por parte de ambos progenitores ayudaría, sin duda, a solucionar muchos de los problemas que nos encontramos en la práctica.

Así, con el fin de centrarnos en la materia relativa a los alimentos de los hijos, debemos hacer referencia a las disposiciones del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, destacando, en primer lugar, los efectos patrimoniales que pueden producir en los hijos, y que se encuentran contenidas en el Título III Capítulo III, relativo a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial.

En esta normativa es perceptible una cierta simetría con el Código Civil estatal en la previsión de las medidas que deben adoptarse en los trámites de nulidad, separación o divorcio, y en el Capítulo VII del Título III, que regula los alimentos de origen familiar.

En este amplio conjunto normativo destaca el artículo 236-17 del Código Civil de Cataluña, que establece que son los progenitores los que, en virtud de sus responsabilidades parentales, “deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral”.

El contenido del deber de alimentos viene definido en el artículo 237-1, conforme al cual “se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular”.

El artículo 237 en toda su extensión va a regular la cuantía de los alimentos utilizando los mismos criterios o baremos que el Código Civil (posibilidad, proporcionalidad, etc.). Particularmente interesante resulta la aplicación del artículo 233-10 del mismo cuerpo legal, que estipula la forma de ejercer la guarda de los menores en caso de separación o divorcio de los padres. En esta norma no se altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, aunque deba ponderarse el tiempo de permanencia de estos con cada uno de los progenitores, lo que está en íntima relación con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sus sentencias de 31 de julio de 2008 (EDJ 2008/155114), de 3 de marzo de 2010 (EDJ 2010/11108) o de 30 de mayo de 2013 (EDJ 2013/129732).

En definitiva, la guarda compartida no va a suponer el cese de la obligación de alimentos en función de las necesidades del menor y las posibilidades de los padres, por lo que, incluso en el caso de que se acredite que la capacidad económica de uno de los progenitores es muy superior a la del otro, se mantendrá dicha pensión, tendiendo siempre a respetar el binomio necesidad-posibilidad.

Respecto a las medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial, el artículo 233-4 del Código Civil de Cataluña trata de alentar la adopción de acuerdos entre quienes van a poner fin a la convivencia. Se intenta dar un papel subsidiario a la autoridad judicial, que, si los cónyuges no llegan a un consenso, deberá adoptar las medidas oportunas en relación a los hijos, tanto menores como mayores o emancipados, hasta que tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos. El apartado 1.º del mencionado artículo 233-4 establece que “si un cónyuge solicita la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial sin consentimiento del otro, o si ambos cónyuges no llegan a un acuerdo sobre el contenido del convenio regulador, la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos. Asimismo, la autoridad judicial, a

instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, puede acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 237-1, y que estos alimentos se mantengan hasta que dichos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos”.

El artículo 236-17 del Código Civil de Cataluña va a regular las relaciones entre padres e hijos estableciendo en su apartado 1.º que “los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral”, manteniendo igualmente que tienen otras obligaciones que escapan del ámbito alimenticio, como son “el deber de administrar el patrimonio de los hijos y representarlos”.

El propio Código Civil catalán hace un esfuerzo por sintetizar y definir el ámbito de los alimentos de los hijos, recogiendo en su artículo 237-1 y aclarando que se entiende por alimentos “todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada”, así como los gastos para la formación de los menores y para la continuación de la formación, una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, si no la han terminado antes por una causa que no les sea imputable, siempre y cuando mantengan un rendimiento regular.

Igualmente, debe destacarse como novedad la inclusión dentro de los alimentos de “los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma”.

El artículo 237-2 del Código Civil de Cataluña se refiere a las personas obligadas a prestar alimentos, incluyendo en este grupo a “los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos”, si bien hace una diferenciación en relación a los deberes de asistencia existentes entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos, que se regulan por disposiciones específicas y, subsidiariamente, por lo establecido en el Capítulo VII del Código Civil catalán. Asimismo, el párrafo 3.º del artículo 237-2 establece que “los hermanos mayores de edad y no discapacitados solo tienen derecho a los alimentos necesarios para la vida”.

Sin embargo, la atribución alterna de la guarda en los casos de ruptura de la convivencia familiar va a tener una trascendencia directa para determinar el importe de las pensiones económicas, en función de los períodos que pasa el hijo en compañía de cada progenitor.

Cataluña es una de las comunidades autónomas cuyo régimen contrasta con lo establecido en el artículo 92.8 del Código Civil estatal, al adoptar un criterio ampliamente favorable a la custodia compartida partiendo de un “plan de parentalidad” basado en los artículos 233-8 a 233-11 del Código Civil de Cataluña, los cuales también son aplicables a los hijos de pareja estable por disposición del artículo 234-7.

El plan de parentalidad recogerá los acuerdos o propuestas, pues dichas medidas no se circunscriben a la adopción de medidas paternofiliales en procedimientos de mutuo acuerdo, y abarcará todos los aspectos de la patria potestad, entre los que debemos incluir las pensiones de alimentos de los hijos y cómo deben repartirse los costes que generen.

El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña difiere del régimen de custodia compartida establecido en el artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, que manifiesta abiertamente que “el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”.

3.1.2. Aragón

En el ámbito del derecho aragonés debemos mencionar el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (EDL 2011/15184) y que regula todo lo relativo a los alimentos de los hijos dentro de los llamados “deberes de crianza y autoridad familiar”. Destaca en esta legislación el establecimiento de una cuestión particularmente interesante, que son los límites de edad que deben tenerse en cuenta a la hora de mantener la pensión alimenticia; sin embargo, se obvia cualquier referencia a los alimentos entre parientes, que sí regula el Código Civil en sus artículos 142 y siguientes, razón por la cual este régimen de derecho común será de aplicación supletoria en Aragón³⁶.

Dicho código va a estar inspirado en el respeto a la libertad de pacto típica del derecho foral aragonés, lo que se va a traducir en un tratamiento prioritario de la

³⁶ CALLIZO LÓPEZ, M.^a Ángeles, “Obligación legal de alimentos respecto de los hijos mayores de edad: análisis del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 14, 2008, pp. 61-68.

regulación de las relaciones familiares basado en lo acordado por los padres en el denominado “pacto de relaciones familiares”.

En este pacto se van a recoger las principales cuestiones que se deriven de la ruptura de la convivencia, tanto en lo que se refiere a la relación personal con los hijos como lo que atañe al orden económico. De esta manera, se apuesta además por la mediación familiar como un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitando la litigiosidad en las rupturas y fomentando el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales.

En cualquier caso, ante el cese de la convivencia de los progenitores se tiende a proteger al máximo el derecho de los hijos a tener un contacto directo y continuado con sus padres, así como el derecho de estos últimos a la igualdad en sus relaciones con los hijos.

Como establece el artículo 76 del Código del Derecho Foral de Aragón, toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad, se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos. También aclara este artículo que “la ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar” –incluido todo lo relacionado con la manutención de los hijos–, lo que además deberá estar en armonía “con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor”.

La ausencia de pacto, la imposibilidad de conseguir un acuerdo entre los padres o el fracaso del procedimiento de mediación llevarán al juez a determinar las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los artículos 80 a 83 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Como hemos comentado, el artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón concede a los padres la posibilidad de otorgar un pacto de relaciones familiares en el que se fijen las normas que habrán de articular sus relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, especificando, siempre en atención al beneficio e interés de los hijos, la participación de cada progenitor en los gastos ordinarios y extraordinarios que estos generen.

Este pacto producirá efecto una vez haya sido aprobado por el juez, oído el Ministerio Fiscal, salvo si sus acuerdos son contrarios a normas imperativas o no queda suficientemente preservado el interés de los hijos.

En caso contrario, ya sea parcial o total la desaprobación del juez, se concederá a los progenitores un plazo para que efectúen una nueva propuesta, “limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el juez”. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, “el juez resolverá lo procedente”, en virtud del artículo 77.5.

En lo que se refiere a los gastos de asistencia a los hijos, el artículo 82 del Código del Derecho Foral de Aragón establece que el juez determinará la contribución de los padres “en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos, y de los recursos económicos disponibles por los padres”. Asimismo, se indica que el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia y, si es necesario, fijará un pago periódico entre los mismos, siendo la contribución a tales gastos proporcional a sus recursos económicos.

La STSJ Aragón de 9 de mayo de 2014 (EDJ 2014/78321) establece una contribución del 60 %-40 % atendiendo a la clara desigualdad de los ingresos mensuales de uno y otro progenitor, aun siendo cierto “que el artículo 82.1 del Código del Derecho Foral de Aragón no alude a los ingresos mensuales sino a los recursos económicos”.

En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos, estos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles, mientras que los no necesarios, salvo acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

La comunidad autónoma aragonesa fue la primera en acoger legislativamente³⁷ la opción preferente por la custodia compartida, de tal modo que ha quedado convertida en regla general frente a la modalidad de guarda exclusiva o individual, siendo especialmente innovadora en materia de alimentos tal y como se observa en el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón referido a los gastos de los hijos mayores o emancipados, que en su apartado 1.º establece que “si al llegar a la mayoría de edad o

³⁷ Mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, luego refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón.

emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete”.

Ahora bien, en su apartado 2.º regula expresamente que el deber al que se refiere el apartado anterior “se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos”.

Este artículo presenta, en su apartado 1.º, una correspondencia evidente con el artículo 93.2 del Código Civil, cuando al llegar la mayoría de edad o la emancipación prorroga los deberes de crianza y autoridad familiar, siempre y cuando se cumplan una serie de presupuestos o requisitos³⁸.

Sin embargo, la gran novedad que plantea el derecho aragonés es el establecimiento de una referencia de edad con el objetivo de poner fin a la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, que, por regla general, se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, aunque convencional o judicialmente pueda señalarse una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos³⁹. De esta manera, sería de aplicación, de forma supletoria, la normativa del Código Civil en los supuestos en que se extinguieran los deberes de crianza al llegar el hijo al límite de edad indicado, pues puede solicitar los alimentos generales a los que se refieren los artículos 142 y siguientes del Código Civil⁴⁰.

Sin embargo, dicha interpretación no es unánime y, de hecho, fue matizada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 17 de junio de 2013 (EDJ 2013/131043), que resuelve: “Ha de reiterarse que la obligación que regula el repetido precepto, que no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la

³⁸ PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio, “Convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del Código del Derecho Foral de Aragón”, en María del Carmen Bayod y José Antonio Serrano (coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2014, p. 356.

³⁹ CALLIZO LÓPEZ, M.ª Ángeles, “Obligación legal de alimentos...”, *op. cit.*, p. 75. Hay que advertir que el contenido de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona se incorporó al vigente Código del Derecho Foral de Aragón.

⁴⁰ *Cfr.* PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio, “Convivencia de padres e hijos...”, *op. cit.*, pp. 357-358.

relativa a los hijos menores, es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación”.

Como explicita la sentencia, esta obligación tiene la misma naturaleza que la referida a los hijos menores de edad; primero, porque se ubica en el Capítulo II del Título II dedicado al deber de crianza y la autoridad familiar; segundo, por la expresión “se mantendrá” empleada en el artículo 69 para referirse al deber de los padres, y tercero, porque cuando el propio precepto alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado 2.º, está dando por sentado que cabe que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación, y sí, en cambio, los que correspondan a alimentos en sentido estricto, tal y como los define el artículo 142 del Código Civil.

De todos modos, conviene decir que la extinción de los deberes de crianza a los veintiséis años será lo habitual en ausencia de pacto entre los progenitores, como se recogió, entre otras, en la STSJ Aragón de 9 de mayo de 2012 (EDJ 2012/120623)⁴¹, que afirma que “en definitiva, como ya habíamos dicho en las sentencias de 30 de noviembre y 30 de diciembre de 2011 para supuestos similares de estudios de especialización, complementarios de cualquier otro tipo, oposiciones posteriores, etc. [...] el deber de proporcionar formación profesional a los hijos, que es la previsión del artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón, no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación, en todo caso con el límite de los veintiséis años de edad. Permanece, por tanto, en el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón”.

La doctrina jurisprudencial incide, como el derecho común, en la importancia del paso del tiempo y, por consiguiente, en la edad de los hijos como elemento clave para continuar con la asistencia de los alimentos.

Concretamente, habrá que resolver si se trata de un límite absoluto o si, acaso, debe verse en relación con los demás requisitos que establece el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón, tal y como se refleja en la SAP Zaragoza de 18 de

⁴¹ TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de “alimentos” a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2015, pp. 109-111.

diciembre de 2013 (EDJ 2013/268802)⁴², cuando, razonando de forma exhaustiva, expone que “la edad de veintiséis años (precisión que, al margen de sus precedentes en otros derechos, se estima como razonable para concluir una formación que habilite para ingresar en el mercado de trabajo y para lograr, al menos potencialmente, una autonomía económica suficiente) constituye un límite objetivo para la obligación de sufragar tales gastos”.

Sin embargo, la propia resolución no lo considera un límite absolutamente inexorable o imperativo, puesto que en la propia norma que lo contempla “se permite que pueda ceder ante un ejercicio de autonomía privada, o ya en virtud de lo acordado en un procedimiento judicial”. Si bien, una vez más, no puede valorarse este límite de edad sin hacer referencia a las circunstancias concretas que afectan a la capacidad de obrar y de desenvolvimiento personal del hijo; así, el texto continúa explicando que “al resultar recurrida esta sentencia, la STSJ Aragón de 17 de junio de 2013 (EDJ 2013/131043) se pronunció en el sentido de entender que, a pesar de que el hijo había cumplido ya los veintiséis años, todavía estaba lejos de acabar su formación, de tal modo que no podría considerarse infringido el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón, manteniéndose en consecuencia la resolución de la Audiencia [...]”.

3.1.3. Navarra

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (EDL 1973/838) o Fuero Nuevo de Navarra, dedica algunas leyes –así se denomina a los artículos en este texto legal– al derecho de alimentos en las relaciones familiares y las incluye dentro del Título V, correspondiente a la filiación y la patria potestad.

Así, la denominada ley 63 del Fuero Nuevo de Navarra vincula la obligación de alimentos a las obligaciones contenidas en la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados, atribuyendo de forma conjunta al padre y a la madre una serie de deberes y facultades que se traducen en “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación”.

⁴² Sentencia citada en TENA PIAZUELO, Isaac *La prestación de “alimentos” a los hijos...*, op. cit., p. 111.

Dichas obligaciones se encuentran en íntima relación con las contempladas en la ley 72, que regula el contenido y los efectos de la paternidad y añade que “el padre y la madre, aun cuando no sean titulares de la patria potestad o no les corresponda su ejercicio, están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados y prestarles alimentos”.

Toda esta normativa queda armonizada con el derecho común a través de la STSJ Navarra de 24 de abril de 2002 (EDJ 2002/30832)⁴³, que establece el paralelismo entre los preceptos de las leyes navarras y el derecho de alimentos recogido en el Código Civil cuando indica que “el referido precepto, con carácter genérico, establece, en lo que aquí interesa, que ‘el padre y la madre [...] están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados, y prestarles alimentos’, aunque carezcan de patria potestad sobre ellos o no les corresponda su ejercicio”.

Este precepto, autónomo en su aplicación directa en Navarra (según establece la ley 6 del Fuero Nuevo de Navarra), se corresponde con el artículo 110 del Código Civil, que, como aquel, enuncia sin más los derechos y deberes de los progenitores que, como principios generales, se derivan de la filiación.

Sin embargo, debemos insistir, sin perjuicio de los derechos forales o autonómicos, en que es al Código Civil al que corresponderá la regulación de las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio). El Código Civil desarrolla el derecho de los hijos a los alimentos –y las correspondientes obligaciones de los padres–, fundamentalmente, en su artículo 93, justificando la pervivencia, en determinados casos, de la pensión alimenticia una vez que los hijos sobrepasan la mayoría de edad; fuera de esas situaciones, la obligación alimenticia se regula en los artículos 142 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, el derecho y el deber de prestación alimenticia, derivados de las relaciones de patria potestad y filiación, vienen impuestos en su más amplio sentido, incluyendo la convivencia, la educación y la formación, lo que los pone en íntima relación con la obligación de alimentos de los progenitores determinada y fijada por el juez en el ámbito de los artículos 90, 92 y 93 del Código Civil, referidos a los alimentos que cada progenitor debe abonar a los hijos.

⁴³ TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de “alimentos” a los hijos...*, op. cit., p. 112.

La Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (EDL 2011/13829) cuenta solamente con tres artículos y algunas disposiciones que en nada afectan a los alimentos de los hijos, si bien tiene por objeto regular el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres. Esta ley confía en la utilidad de la mediación familiar en este ámbito.

3.1.4. Comunidad Valenciana

En la Comunidad Valenciana, las normas que rigen en este ámbito son las que se derivan de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (EDL 2011/17577)⁴⁴. Esta ley otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares, cuando los progenitores se encuentran separados, al denominado “pacto de convivencia familiar”, que normará las principales cuestiones que se deriven de la ruptura de su convivencia, tanto en lo que se refiere a la relación personal con los hijos como en el orden económico, y que deberá tener presente la relación de los hijos con los hermanos, los abuelos y otros parientes y allegados⁴⁵.

El artículo 3 de la Ley 5/2011, en su apartado d, define el pacto de convivencia familiar como “el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”.

Por lo tanto, al igual que establece la legislación aragonesa respecto de su pacto de relaciones familiares, este pacto de convivencia familiar puede plantearse o bien como una propuesta de las normas que han de regir las relaciones paternofiliales tras la ruptura de la convivencia de los padres en una pareja de hecho, en demandas o reconvencciones contenciosas; o bien como propuesta fundada en las medidas que han de

⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia”, *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014.

⁴⁵ El Tribunal Constitucional, mediante Auto de 22 de noviembre de 2011, levanta la suspensión de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, declarada con ocasión de la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad número 3859/2011 contra la misma, promovido por el entonces Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero con fecha de 4 de julio de 2011.

regular los efectos derivados de la separación o del divorcio contemplados en los artículos 81 y 86 del Código Civil.

El legislador valenciano, en los supuestos en que no haya sido posible el acuerdo, establece la necesidad de que cada una de las partes presente su propuesta de pacto de convivencia familiar.

El pacto de convivencia familiar se tramita en los términos previstos por la legislación procesal civil para el convenio regulador en procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, como establece la Disposición Adicional Única de la Ley 5/2011, que habrá que poner en relación con el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de con el apartado 4.º del artículo 4 de la propia Ley 5/2011, que fija el inicio de los efectos del pacto una vez que haya sido aprobado por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal.

La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos es uno de los contenidos que necesariamente debe incorporar el pacto de convivencia familiar, tal y como dispone el artículo 4.2 letra d de la Ley 5/2011.

La falta o el fracaso en la consecución de un pacto entre los padres llevará al juez a determinar las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia y, entre ellas, la aportación que habrá de hacer cada uno de los progenitores para la satisfacción de los gastos derivados de la atención a los hijos; si bien previamente, en el artículo 3, se definen los gastos de atención a los hijos, diferenciando entre ordinarios y extraordinarios, cuyo contenido poco difiere de lo establecido por el derecho común.

Se consideran gastos ordinarios aquellos que los hijos “precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período”, lo que incluye todos los gastos “relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”.

Los gastos extraordinarios son definidos como aquellos distintos a los ordinarios y habituales que pueden surgir en relación con los hijos menores de edad, y que serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. La novedad principal es que el texto, en su artículo 7, hace referencia de forma expresa a los gastos necesarios relacionados con la educación y la formación no cubiertos por el

sistema educativo; así como a los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores.

3.1.5. País Vasco

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (EDL 2015/115515), nuevamente va a girar en torno a la custodia compartida y otras consecuencias de las rupturas de pareja. Concretamente, el apartado relativo a los alimentos de los hijos se regula en el artículo 10, sobre pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios, siendo su principal espíritu normativo el de dar enormes facultades al juez para determinar la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y a la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos, así como la proporción en que cada uno debe contribuir a los gastos derivados de necesidades extraordinarias, la periodicidad, forma de pago y bases de actualización de las anteriores, adoptando, en definitiva, todas aquellas “medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos e hijas en cada momento”.

Sin embargo, conviene reseñar que la ley vasca hace distinción entre los considerados gastos necesarios ordinarios, que los hijos precisan de forma habitual y cuyo devengo es previsible, y los gastos extraordinarios que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables, entre los que se incluyen “los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas”.

Consideramos que la ley no tendría especial relevancia ni aportaría novedades reseñables con respecto a otras leyes autonómicas o del derecho común si no fuese porque regula, por primera vez, la asignación de la pensión directamente a los hijos en determinados supuestos, estableciendo como requisito ineludible que estos sean mayores de edad; si bien parece obligar a que el importe de dicha pensión sea empleado en la contribución al levantamiento de las cargas familiares. Además, crea una profunda incertidumbre al no explicar ni cómo ni cuándo se asignará la pensión directamente a los hijos, lo que, una vez más, parece trasladarle al juez toda la responsabilidad sobre

cómo estipular el contenido de la prestación, sin que con ello se desvirtúe el objeto de la misma.

El artículo 4 determina que los pactos “que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia”. Para que sean válidos, deberán otorgarse en escritura pública y quedarán sin efecto si no se inicia la convivencia en el plazo de un año. Solamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez.

El convenio regulador, recogido en el artículo 5 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, incorpora los acuerdos que, al cese de la convivencia, han de presentar los progenitores junto con la demanda de separación o divorcio. Este convenio debe contener unos extremos mínimos, como son el ejercicio conjunto de la patria potestad; el cumplimiento de los deberes relativos a la guardia y custodia; los períodos de convivencia con cada progenitor y las reglas de recogida y entrega de los hijos; la contribución a las cargas familiares tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad y forma de pago, y la atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, si bien, para que pueda tener eficacia, el convenio quedará sujeto a la aprobación judicial y podrá modificarse por acuerdo de las partes, a instancia de una de ellas o del Ministerio Fiscal, o por incumplimiento grave o reiterado, de manera injustificada, de las obligaciones establecidas.

A falta de acuerdo entre las partes, será el juez quien establezca las medidas que regirán las relaciones familiares tras la ruptura, debiéndose asegurar, entre otras cuestiones, la prestación alimenticia.

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores indica las pautas para establecer la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares, así como la proporción en que cada uno de los progenitores debe contribuir tanto a los gastos ordinarios como a las necesidades extraordinarias.

De conformidad con el artículo 10.2 de la Ley 7/2015, deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos que precisen los hijos de manera habitual y cuyo devengo sea previsible.

El mismo precepto define los gastos extraordinarios, que son aquellos encaminados a satisfacer las necesidades imprevisibles e indeclinables de los menores,

como “gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico” o actividades educativas o formativas que no sean obligatorias siempre que exista acuerdo sobre ellas; lo que excluye “aquellos gastos voluntarios que, aunque sean continuados, no respondan a necesidades de los hijos e hijas pero se consideren adecuados para ellos, en cuyo caso serán abonados únicamente por el progenitor que así lo estime”.

El cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios así como de los gastos extraordinarios se hará atendiendo, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 7/2015, que establece que se tendrán en cuenta los recursos económicos de cada miembro de la pareja y el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de ellos.

3.2. Derecho de alimentos en el marco de la Unión Europea

En este ámbito, partimos de la enorme complejidad de sistematizar la problemática de la reclamación internacional en materia de alimentos, es decir, todo aquello que hay que tener en cuenta cuando se pretende reclamar una pensión de alimentos a una persona que reside en otro país o que posee una nacionalidad distinta a la del reclamante. En este sentido, la primera cuestión que se plantea es en qué Estado debe hacerse la reclamación; en segundo lugar, cuál es la ley nacional que se puede aplicar a la obligación y qué legitimación tiene el actor para realizar dicha reclamación. Por otro lado, no de menor importancia es la normativa relativa a la homologación y ejecución de resoluciones extranjeras que ha de aplicarse cuando el alimentista ya ha obtenido un pronunciamiento favorable que le concede alimentos en determinado país pero pretende hacerla efectiva en un Estado diferente del que la fijó.

Por ello, en primer lugar, consideramos fundamental hacer una reflexión sobre la competencia internacional en materia de reclamación de alimentos ante los tribunales españoles cuando una de las partes sea extranjera o tenga su domicilio en el extranjero.

Según la regla contenida en el artículo 769.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultará competente el juzgado correspondiente al último domicilio común de los progenitores y, en caso de residir en diferentes partidos judiciales, el demandante podrá optar entre el del domicilio del deudor de la pensión y el del menor.

Si el deudor ya no tuviera domicilio en España, se determinará la competencia jurisdiccional en función de su última residencia; como criterio subsidiario, la competencia corresponderá al juzgado del domicilio del alimentista.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas dictadas por organismos comunitarios de la Unión Europea que estén vigentes en nuestro país como derecho interno, el Código Civil proporciona algunas reglas para la solución de conflictos de leyes en materia de alimentos, determinando cuál será el derecho aplicable en cada caso.

El artículo 9 del Código Civil –perteneciente al Capítulo IV del Título Preliminar, dedicado a las normas de derecho internacional privado– proporciona en su apartado séptimo un catálogo jerarquizado de posibilidades al indicar que “el derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando esta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce la reclamación. En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”.

En realidad, esta norma quedó sin aplicación en el ámbito del derecho internacional privado (pero no para resolver conflictos de derecho interregional) a partir del 1 de octubre de 1986, con la entrada en vigor en nuestro país del Convenio de La Haya de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁴⁶.

Dicho convenio va a establecer que, una vez que se conoce cuál es el régimen normativo aplicable –en caso de que hubiera diversas legislaciones aplicables–, puede procederse a determinar si existe derecho a pensión de alimentos y, en su caso, el importe correspondiente que debe pagar el alimentante.

Si se produjera un incumplimiento, se aplicarían las consecuencias establecidas en el derecho de que se trate, sustanciándose la reclamación de acuerdo a las propias leyes de procedimiento.

Sin embargo, aun existiendo la posibilidad de ejecución forzosa del derecho a la pensión de alimentos cuando proceda, pueden plantearse situaciones muy problemáticas

⁴⁶ Cfr. AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; y CALZADILLA MEDINA, M.^a Aránzazu, “Artículo 9. Ley personal”, en Rosario Valpuesta Fernández, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, *et al.* (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 118.

cuando los sujetos involucrados en las reclamaciones alimenticias no residan en el mismo país; comenzando por las dificultades para comparecer ante la jurisdicción competente en un país distinto de aquel en que reside quien tiene derecho a pedir las prestaciones alimenticias.

Es por ello que, en este ámbito y para resolver problemas nada infrecuentes derivados de la fluidez migratoria, la Unión Europea ha elaborado normas que facilitan las reclamaciones de alimentos y que, a estos efectos, sustituyen ventajosamente al sistema de solución de conflictos normativos que contenía el artículo 9.7 del Código Civil, tal y como veremos a continuación.

Es indudable que el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (EDL 2008/239676)⁴⁷, resulta la norma esencial en el ámbito europeo, ya que va a dar cobertura a las reclamaciones de alimentos contra aquel progenitor que no viva en el mismo país que el menor.

Desde el 18 de junio de 2011, el derecho de la Unión Europea aplica normas específicas en materia de créditos alimentarios que mejoran la protección judicial del acreedor de alimentos; así, se prevé la posibilidad de que el acreedor pueda incoar ante los órganos jurisdiccionales de su país de origen la demanda contra el deudor, a fin de que sean estos los que determinen la obligación del deudor y fijen el importe de la pensión, con la ventajosa característica adicional de que este tipo de resoluciones judiciales serán reconocidas en los demás Estados miembros de la Unión Europea.

Por consiguiente, toda resolución sobre obligaciones de alimentos dictada por los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro tendrá libre circulación en la Unión Europea y podrá ser ejecutada en todos los Estados miembros sin trámites adicionales.

En definitiva, el Reglamento (CE) 4/2009 no pretende definir u otorgar carta de naturaleza a las diferentes relaciones familiares posibles –reconocidas o no por las

⁴⁷ Para el estudio del Reglamento (CE) 4/2009 hemos recurrido al artículo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, núm. 7230, 2009; así como al extenso trabajo de CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “La obligación de alimentos en derecho internacional privado”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 319-426.

legislaciones de los distintos Estados miembros de la Unión—, sino facilitar la obtención de alimentos por quienes tengan derecho a reclamarlos.

Los diversos instrumentos internacionales en materia de reclamación de alimentos vigentes actualmente en España pueden agruparse en cuatro apartados, en función de la materia que desarrolla cada normativa: la competencia del Estado, la ley objeto de aplicación, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de alimentos.

En lo que se refiere a competencia, es de aplicación el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (EDL 2009/16708)⁴⁸.

Una vez más volvemos a remitirnos a él, pues esta normativa es una de las más completas en el ámbito internacional, y afecta a todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta normativa nace como respuesta a la necesidad de protección del acreedor de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad, para que cuente con instrumentos y medios que le permitan obtener fácilmente, en un Estado miembro, una resolución que, sin ninguna formalidad adicional, tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro.

El Reglamento (CE) 4/2009 se configura como un instrumento comunitario en materia de obligaciones alimenticias, que viene a aunar las disposiciones sobre los conflictos de jurisdicción, los conflictos de leyes, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva, la ejecución, la asistencia jurídica gratuita y la cooperación entre autoridades centrales.

Su ámbito de aplicación se extiende no solo a las resoluciones judiciales, sino también a las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas, siempre que las mismas ofrezcan garantías respecto a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas.

⁴⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “El Reglamento 4/2009/CE...”, *op. cit.* Vid. también RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a Ángeles, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010.

El reconocimiento en un Estado miembro de una resolución en materia de obligaciones de alimentos tiene como único objeto permitir el cobro del crédito alimenticio determinado en la resolución; lo que no implica que dicho Estado miembro deba reconocer las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad que constituyan la base de la obligación de alimentos que dio origen a la resolución.

El artículo 6 del Reglamento (CE) 4/2009 establece que, en caso de que el demandado tenga su residencia habitual en un tercer estado, “serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad común”.

También en el artículo 7 se ha previsto el llamado *forum necessitatis*, esto es, ante situaciones excepcionales, como una guerra civil en un tercer estado, que hagan imposible llevar a cabo un procedimiento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán conocer del litigio si este guarda una conexión suficiente con el Estado miembro cuyo órgano jurisdiccional vaya a conocer de él. Ahora bien, para garantizar la protección del más débil, el artículo 4.3 excluye la elección de foro para “los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a dieciocho años”.

Para garantizar un cobro rápido y eficaz de los créditos alimenticios, las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas en un Estado miembro tendrán fuerza ejecutiva provisional, por lo que, en ese sentido, no se verán afectadas por los recursos dilatorios. Así, según el artículo 39 del presente Reglamento (CE) 4/2009, “el órgano jurisdiccional de origen podrá otorgar fuerza ejecutiva provisional a la resolución, [...] aunque el derecho nacional no prevea la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley”, e incluso en el caso de que se haya interpuesto o quepa interponer recurso contra dicha resolución con arreglo al derecho nacional.

La normativa europea pretende limitar al máximo las formalidades de ejecución que puedan incrementar los gastos a que tiene que hacer frente el acreedor de alimentos. Con tal fin, el artículo 41 contempla que el acreedor de alimentos no esté obligado a disponer de una dirección postal ni de un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución, sin que, por otra parte, se vea afectada la organización interna de los Estados miembros en lo que se refiere a los procedimientos de ejecución.

Con el objetivo de reducir los gastos vinculados a los procedimientos de ejecución, el artículo 20 del Reglamento (CE) 4/2009 establece que no se exigirá ninguna traducción, salvo si se presenta oposición a la ejecución, y sin perjuicio de las normas aplicables a la notificación y al traslado de los actos.

El demandado que no haya comparecido ante el órgano jurisdiccional de origen de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, podrá pedir que se reexamine la resolución dictada contra él en la fase de ejecución de esta. Dicha posibilidad se podrá ejercitar dentro de un plazo determinado, que empezará a correr a partir del día en que, en la fase del procedimiento de ejecución, se hayan embargado total o parcialmente los bienes del demandado por primera vez. Este derecho de reexamen debe entenderse como un recurso extraordinario, otorgado al demandado cuando la resolución se haya dictado en su ausencia, y que no afectará al ejercicio de otras vías de recurso extraordinarias previstas por el derecho del Estado miembro de origen, siempre que dichas vías de recurso no sean incompatibles con el derecho de reexamen previsto en el presente reglamento, tal y como se establece en el artículo 19.

Para acelerar la ejecución de las resoluciones, en el artículo 21 del Reglamento (CE) 4/2009 se limitan motivos de denegación o suspensión de la ejecución.

Además, con el fin de poder prestar plena asistencia a los acreedores y deudores de alimentos y de obtener por los mejores medios el cobro transfronterizo de alimentos, las autoridades centrales podrán obtener ciertos datos de carácter personal. En este sentido, el Reglamento (CE) 4/2009 obliga a los Estados miembros a velar por que sus autoridades centrales tengan acceso a dichos datos, por lo que deberán facilitar todos los medios para que dichos órganos dispongan de esta información de manera inmediata en el marco de sus actividades habituales.

También se establece un régimen de asistencia jurídica gratuita muy favorable, a saber: “la asunción total de los costes ligados a los procedimientos iniciados a través de las autoridades centrales relacionados con las obligaciones de alimentos respecto de menores de veintiún años”.

En caso de existir acuerdo bilateral entre un país de la Unión Europea y un tercer Estado sobre la materia objeto de este reglamento, o en caso de que se firme la modificación de uno de los acuerdos existentes o la celebración de uno nuevo con un

tercer país en las citadas materias, se exigirá que el nuevo Estado reconozca la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en relación a la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.

El Reglamento (CE) 4/2009 sustituye las disposiciones del Reglamento (CE) 44/2001 aplicables en materia de obligaciones de alimentos, según se indica en el artículo 68, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 75 de disposiciones transitorias.

Además, el artículo 69 establece que el Reglamento (CE) 4/2009 “no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que se refieran a materias reguladas por él”, debiendo tenerse en cuenta que este Reglamento (CE) 4/2009 no es aplicable ni en Dinamarca ni en Reino Unido. No obstante, el párrafo 2.º de este mismo artículo especifica que prevalecerán las normas de este Reglamento cuando los acuerdos se realicen entre Estados que hayan suscrito las disposiciones del mismo.

Finalmente, este documento hace referencia a los órganos competentes para resolver las controversias que surjan en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros. Esta cuestión se regula en el artículo 3, que reconoce dicha competencia “[a]l órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual” o, en su caso, “[a]l del órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual”.

En la doctrina jurisdiccional de nuestros tribunales hay ejemplos de aplicación del Reglamento (CE) 4/2009, por cuanto tiene la consideración de forma jurídica española. Así, la Audiencia Provincial de Cantabria, en Auto de 8 de octubre de 2013 (EDJ 2013/223719), recurre a ella para rechazar la competencia de los tribunales españoles para conocer determinada reclamación de alimentos, en una resolución que tiene especial interés por el modo en que explica el ámbito del reglamento europeo y los diferentes supuestos de su aplicabilidad: “El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, conocido como Bruselas III, contiene normas sobre competencia judicial internacional en su Capítulo II. La lectura de la norma revela con claridad suficiente que escalonadamente se contienen en el mismo unos foros legales principales (artículo 3), otros voluntarios (artículos 4 y 5, determinados por el acuerdo de los litigantes o por la

sumisión del demandado) y otros subsidiarios (artículos 6 y 7, para el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos anteriores). En el caso presente no resultan de aplicación los fueros voluntarios ni los subsidiarios, sino los establecidos con carácter principal por el artículo 3 del Reglamento, conforme al cual, la competencia para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros viene indistintamente atribuida a: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional donde el acreedor tenga su residencia habitual, c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley de foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. De acuerdo con los foros determinados en los apartados a y b, según los cuales la competencia corresponde al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado o el acreedor tengan su residencia habitual, residiendo D.^a Karina y el hijo beneficiario de la obligación de alimentos en la República Checa, es claro que la competencia corresponde a los tribunales del aquel país, no advirtiéndose error alguno en la decisión recurrida de declararse de oficio incompetente (artículo 10 del Reglamento, de la verificación de la competencia)”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 27 de mayo de 2013 (EDJ 2013/156287), que resulta coincidente en la interpretación del Reglamento (CE) 4/2009 –en este caso, para afirmar la competencia de los tribunales españoles–, invoca como elemento complementario el principio de interés superior del menor, que la propia sentencia sitúa en los artículos 92 y 159 del Código Civil, cuando afirma que “el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia del obligaciones de alimentos, de aplicación, según su artículo 1.1, precisamente a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad, establece en su artículo 15 que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los

Estados miembros de la Unión Europea que estén vinculados por este instrumento. El Protocolo, en su artículo 3.1, dispone como norma general sobre la ley aplicable que ‘las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa’. Siendo de aplicación la norma general en este supuesto, por su parte, el artículo 11 dice que la ley aplicable a la obligación alimenticia determinará, en particular –entre otros extremos–: a) si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos; b) la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos retroactivamente. El Reglamento dispone en el artículo 76 su entrada en vigor el día 18 de junio de 2011, por lo que entendemos que debe regir para dictar sentencia, incluso en consideración siempre del beneficio del menor, que es criterio de aplicación universal y particular de nuestro derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, criterio idéntico al consignado en el artículo 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre (EDL 1990/14773), sobre reforma de dicho Código. En consecuencia, es ley aplicable española”.

Para acabar esta relación, puede resultar igualmente interesante el AAP Madrid de 21 de febrero de 2012 (EDJ 2012/41582), que recurre a la norma estudiada para acabar determinando la competencia de un determinado tribunal español para conocer de la ejecución de una resolución extranjera sobre pensión alimenticia. En este sentido, expone que “se plantea en esta alzada cuestión negativa de competencia entre los juzgados de primera instancia n.º 5 de Majadahonda y n.º 7 de Móstoles para conocer del presente proceso de ejecución de resolución judicial firme extranjera, concretamente de la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París en reclamación de la pensión de alimentos de las hijas comunes de los litigantes. La demanda fue interpuesta por el Abogado del Estado ante los juzgados de Majadahonda, por ser este el último domicilio conocido del demandado, conforme a la documentación que adjunta; no obstante, se daba otro domicilio empresarial de Madrid. El juzgado de primera instancia acordó, previamente a la admisión de la demanda, oficiar para averiguación del actual domicilio, resultando que continúa empadronado en calle de las Moreras, 37, en donde igualmente figura su domicilio fiscal. Se proporciona sin embargo, por el sistema de información laboral, otro domicilio en Boadilla del Monte que dio lugar a la resolución de inhibición a favor de los juzgados de Móstoles, que no fue admitida al que por reparto le correspondió, el n.º 7, al constar desocupada la vivienda señalada como

domicilio del demandado. Así expuestos los términos de la cuestión negativa, procede resolver la misma a favor del juzgado de primera instancia n.º 5 de Majadahonda, dado que en principio todos los datos oficiales reflejan que tiene su domicilio en la calle de las Moreras de Majadahonda, por lo que se resuelve de acuerdo con el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, y el espíritu con el que se interpuso la demanda, dado que existe el nexo determinante de la competencia, sin perjuicio de lo que resulte de la comparecencia del demandado”.

En lo que se refiere a la ley aplicable en esta materia, analizaremos detenidamente el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; asimismo comentaremos algunos aspectos del Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, y finalmente mencionaremos algunos convenios anteriores, acuerdos bilaterales y decisiones provenientes de otros países, que también están relacionados con esta cuestión.

El Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (EDL 2007/369758) determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres, siendo de aplicación universal, pues “se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante”, tal y como se recoge en sus artículos 1 y 2.

Antes incluso de su entrada en vigor era ya de aplicación en la Unión Europea, al declararlo así provisionalmente en el momento de su ratificación, el 8 de abril de 2010, lo que convertía igualmente en aplicable el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

En cualquier caso, el Reglamento (CE) 4/2009 está vigente desde el 18 de junio de 2011 y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007, desde el 1 de agosto de 2013. Este último pretende modernizar la vieja legislación internacional, sustituyendo, según se establece en su artículo 18, a los Convenios de La Haya de 24 de octubre de 1956 y de 2

de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, sin derogar otros instrumentos internacionales de los que los Estados contratantes puedan ser parte y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el propio protocolo, salvo declaración en contrario de los Estados que firman tales instrumentos.

Esto incluye, tal y como especifica el artículo 19.2, “a las leyes uniformes basadas en la existencia de vínculos especiales de carácter regional o de otra naturaleza entre los Estados concernidos”. Así, a estos efectos, el artículo 12 entiende como ley aplicable “el derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de conflicto de leyes”, de tal manera que “la aplicación de la ley determinada conforme al protocolo solo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”, según establece su artículo 13.

Con carácter general y siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor y, en caso de cambio de su residencia habitual, se aplicará la ley del Estado en que fije su nueva residencia habitual, a partir del momento en que se produce el cambio.

No obstante, el artículo 4 establece una serie de normas especiales a favor de determinados acreedores, aplicándose, en el caso de obligaciones alimenticias, la ley del lugar de residencia de los padres que reclaman alimentos a favor de sus hijos; en segundo lugar, la ley del de aquellas personas distintas de los padres que reclaman alimentos “a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años, con excepción de las obligaciones que derivan de las relaciones a que se refiere el artículo 5”, y, finalmente, de los hijos a favor de sus padres.

Fuera de estos casos, se aplica la ley del foro del acreedor en función de su residencia habitual, pudiéndose acudir igualmente a la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor.

Finalmente, si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de todo lo anterior, se aplicaría la ley del Estado de la nacionalidad –o del domicilio– común de acreedor y deudor, si existe.

Además, el artículo 5 del protocolo contiene una norma especial referida a los cónyuges, excónyuges o personas cuyo matrimonio se haya declarado nulo, que establece que la regla general de la residencia habitual del acreedor “no se aplicará si

una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio”, aplicándose, en este caso, la ley de este otro Estado.

En supuestos más restringidos de obligaciones alimenticias distintas de las surgidas de una relación paternofilial a favor de un menor o de una relación conyugal, aun disuelta, el artículo 6 prevé que “el deudor puede oponerse a una pretensión de un acreedor sobre la base de que no existe tal obligación según la ley del Estado de residencia habitual del deudor ni según la ley del Estado de nacionalidad [o domicilio, según lo previsto en el artículo 9⁴⁹] común de las partes, si existe”.

En cualquier caso, el acreedor y el deudor de alimentos podrán, únicamente a efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado, designar expresamente la ley de dicho Estado como aplicable a una obligación alimenticia. El artículo 7 del protocolo establece que “la designación hecha antes de la iniciación del procedimiento deberá ser objeto de un acuerdo, firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta”.

También por acuerdo firmado por las partes, el acreedor y el deudor de alimentos pueden acordar, en cualquier momento, que se aplique una de las leyes enumeradas en el apartado 1.º del artículo 8, que son: “1.º la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; 2.º la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; 3.º la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; 4.º la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación”.

No obstante la elección de las partes, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si este puede renunciar a su derecho a alimentos. Además, a menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, esta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no

⁴⁹ El artículo 9 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias prevé la posibilidad de que un Estado utilice el concepto de “domicilio” como elemento de conexión en materia de familia en lugar del de “nacionalidad”. En ese caso, “podrá informar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que en los asuntos presentados a sus autoridades, la palabra ‘nacionalidad’ de los artículos 4 y 6 se sustituirá por la palabra ‘domicilio’ tal como se defina en dicho Estado”.

razonables para cualquiera de las partes; estando de antemano vedados los acuerdos relativos a las obligaciones alimenticias a favor de un menor o de una persona discapacitada, con el objetivo de proteger sus intereses.

El Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, en cambio, no será aplicable a conflictos internos cuando el Estado contratante tenga diferentes sistemas jurídicos en materia de obligaciones alimenticias y los conflictos “impliquen únicamente a estos diferentes sistemas jurídicos o conjunto de normas”, según establece el artículo 15. De esta manera, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una con su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a materias reguladas por el protocolo, y siempre que en dicho Estado existan normas en vigor que determinen que la ley de una de las unidades territoriales es la aplicable, se aplicará la ley de dicha unidad.

En ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial pertinente; cualquier referencia a la nacionalidad se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de dicho Estado o, en ausencia de normas al respecto, a la unidad territorial con la que la obligación alimenticia tenga una vinculación más estrecha, en los términos señalados por el artículo 16 del protocolo.

La ley aplicable a la obligación alimenticia determina en particular, según se establece en el artículo 11, “1.º si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos; 2.º la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos retroactivamente; 3.º la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos [...]; 4.º quién puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio; 5.º la prescripción o los plazos para iniciar una acción; 6.º el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos”.

Aunque la ley aplicable disponga algo distinto, para determinar la cuantía de los alimentos se deben tener en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, “así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos”, tal y como figura en el artículo 14.

Por último, cabe destacar que el artículo 10 del protocolo establece que “el derecho de un organismo público a solicitar el reembolso de una prestación

proporcionada al acreedor a título de alimentos se regirá por la ley a la que se sujeta dicho organismo”.

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (EDL 1973/2346), es otro de los cuerpos legales relacionados con la cuestión que nos ocupa.

Téngase en cuenta que el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, firmado y ratificado hasta la fecha por la Unión Europea y Serbia, con entrada en vigor el 1 de agosto de 2013, establece en su artículo 18, sobre coordinación con los anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, que en las relaciones entre Estados contratantes, este protocolo sustituye al Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

El Convenio de La Haya de 1973, por su parte, fue suscrito por Alemania, Austria, Bélgica, España, Estonia, Francia, Italia, Japón, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza, Turquía y Yugoslavia, habiendo sido ratificado por España el 16 de mayo de 1986.

Es importante advertir que este Convenio de La Haya de 1973 sirvió, a su vez, para sustituir al Convenio de La Haya, de 24 de octubre de 1956, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, en los Estados parte que no hubiesen efectuado reserva y excluido su aplicación a obligaciones de alimentos en favor de menores de veintiún años que no hubiesen estado casados, tal y como prevé el artículo 18.

Este Convenio de La Haya de 1973 no afecta a otros instrumentos sobre la misma materia suscritos por los Estados parte en este momento o en el futuro, siendo un instrumento multilateral que tiene como objetivo determinar las leyes que han de aplicarse en materia de obligaciones alimenticias derivadas de relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio.

El convenio especifica que también se refiere a las obligaciones alimenticias respecto de hijos no legítimos, sin prejuzgar la existencia de las relaciones o los vínculos mencionados previamente. Además, el concepto de alimentos se interpreta en un sentido amplio, de modo que se aplica entre cónyuges y excónyuges, y comprende toda prestación que tenga como finalidad contribuir al sustento del beneficiario.

Estas normas afectan a los alimentos referidos a un período posterior a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1973 en el Estado de que se trate, no siendo preceptiva, sin embargo, la reciprocidad de su aplicación entre los Estados, de tal manera que, en determinados casos, puede resultar ser aplicable la ley de un Estado que no participa en el convenio. En España, las normas de este convenio vinieron a sustituir al artículo 9.7 del Código Civil, que actualmente se determina según el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, en virtud del artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley interna del lugar de residencia habitual del acreedor; si la ley designada por la regla anterior no permitiese al acreedor obtener alimentos, se aplicará la ley nacional común a acreedor y deudor.

El Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987, sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores, reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, fue ratificado por España el 20 de diciembre de 1991, entrando en vigor el 29 de febrero de 1992 (EDL 1987/14045).

Este acuerdo bilateral solo se aplica si el alimentista es menor de edad y tiene su residencia habitual en el territorio de uno de los dos Estados y, al mismo tiempo, el obligado a prestar alimentos reside habitualmente o tiene bienes o ingresos en el territorio del otro Estado.

Este Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay prevalece sobre el Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, y no afecta a los convenios, presentes o futuros, que los Estados parte concierten con disposiciones sobre las materias allí reguladas.

El Convenio de La Haya, de 24 de octubre de 1956, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores (EDL 1956/81), como indicábamos, ha sido sustituido por el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en la Haya el 2 de octubre de 1973, y había sido suscrito por los mismos Estados entre los que rige el nuevo acuerdo, por lo que su aplicabilidad real es muy limitada.

Las decisiones provenientes de China (Macao), Liechtenstein y Surinam establecen las reglas para determinar la ley aplicable en materia de obligaciones

alimenticias para menores –entendiendo por tales a los hijos no casados y menores de veintiún años cumplidos– contra sus ascendientes, no aplicándose a las reclamaciones de alimentos de personas mayores de veintiún años o casadas, ni tampoco entre colaterales.

En lo que se refiere a reconocimiento y ejecución de las obligaciones alimenticias, nos interesan cuatro convenios internacionales: el ya mencionado Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales; el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Convenio de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya.

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, distingue entre si el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones provienen de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, o no.

En este sentido, el Reglamento (CE) 4/2009 recoge una serie de disposiciones comunes en sus artículos 39 a 43; siendo la más relevante la que se refiere a la fuerza ejecutiva provisional que el órgano jurisdiccional de origen puede otorgar a la resolución, aunque el derecho nacional del Estado receptor no prevea la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley.

La parte que desee invocar en otro Estado miembro una resolución reconocida deberá presentar una copia de la misma que reúna las condiciones necesarias que fija el reglamento para establecer su autenticidad, tal y como se indica en el artículo 40.

Y es que, sin perjuicio de lo dispuesto en el propio Reglamento (CE) 4/2009, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el derecho del Estado miembro de ejecución, no pudiendo en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Esto justifica que la parte ejecutante no tenga la

obligación de disponer de un domicilio ni de un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución, sin perjuicio de que puedan intervenir los profesionales competentes con el fin de cumplir los requisitos de transcripción y traducción de los documentos.

El Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (EDL 2007/3378), fue firmado por la Comunidad Europea junto con Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza. La Decisión 2007/712/CE y la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 15 de octubre de 2007, permitieron aprobar la celebración de este Convenio de Lugano en nombre de la Comunidad.

Dicho convenio entró en vigor en 2010, sustituyendo al anterior Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y al Tratado entre la Confederación Suiza y España, sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1986.

En definitiva, el llamado nuevo Convenio de Lugano se aplica a la competencia judicial, al reconocimiento, así como a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; pero no se aplica, en cambio, al estado o la capacidad jurídica de las personas físicas, a los regímenes matrimoniales, a los testamentos ni a las sucesiones.

En materia de alimentos, el Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, regula que las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en otro Estado miembro, ante el tribunal del lugar de domicilio o residencia habitual del acreedor de alimentos. El artículo 5 añade además que, si se tratare de una “demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas”, la demanda podrá presentarse “ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de esta, salvo que tal competencia se fundament[are] exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes”.

El establecimiento de esta regla directa de competencia judicial internacional no permite, sin embargo, un control ulterior en trámite de reconocimiento o ejecución por parte de otro Estado miembro.

El Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sustituyó al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, y al Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988. Este texto no afecta a Dinamarca, tal y como especifica el artículo 1.3 del Reglamento (CE) 44/2001, que sigue rigiéndose, con respecto a los otros Estados miembros, por el Convenio de Bruselas-Lugano.

Por tanto, aunque la inmensa mayoría de los procedimientos fallados en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea tras el 1 de marzo de 2002 quedan bajo la cobertura de este Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, es preciso hacer referencia al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, y al Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, no solo porque sigan siendo aplicables en Dinamarca, sino también porque afectan a las resoluciones de los países miembros del Convenio de Lugano que no son miembros de la Unión Europea, es decir: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

El Convenio de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya (EDL 2007/369757), ha incorporado últimamente a Albania, Bosnia-Herzegovina y Noruega.

Este convenio tiene por objeto mejorar la cooperación entre los Estados en materia de cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, ante la necesidad de disponer de procedimientos que den resultados efectivos y que sean accesibles, rápidos, eficaces, económicos, flexibles y justos.

Basándose en los aspectos más útiles de los convenios de La Haya existentes y de otros instrumentos internacionales –en particular de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, de 20 de junio de 1956– que emplean los avances tecnológicos con el fin de garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, este convenio establece un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes.

Con ello, se permite la presentación de solicitudes para la obtención de alimentos y se garantizan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones que se

tomen en esta materia, mediante la aplicación de medidas efectivas para una rápida ejecución.

El interés superior del niño, consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, se toma como referente, y la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar el pago de los alimentos por parte de los padres u otras personas responsables, en particular cuando tales personas vivan en un Estado distinto de aquel en que resida el niño, se traduce en la necesidad de celebrar acuerdos internacionales.

El presente Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, se aplica a las obligaciones alimenticias a favor de personas menores de veintiún años –pudiendo cualquier Estado contratante limitar la aplicación del acuerdo a personas que no hayan alcanzado la edad de dieciocho años, según lo previsto en su artículo 2.2– derivadas de una relación paternofilial; al reconocimiento y la ejecución, o a la ejecución, de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con la del hijo.

También se aplica, en ciertos supuestos, a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables, aunque, en estos casos, solo se crearían obligaciones entre dos Estados contratantes en la medida en que sus declaraciones incluyan las mismas obligaciones alimenticias y partes del Convenio, según lo especificado en el artículo 2.3.

La ejecución por el Estado requerido se realizará de conformidad con la ley de dicho Estado, con rapidez y proporcionando, al menos, los mismos mecanismos de ejecución aplicables para los asuntos internos.

Los Estados contratantes deben tener previsto en su derecho interno medidas efectivas para ejecutar las decisiones derivadas del Convenio de 23 de noviembre de 2007, sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia, hecho en La Haya; y el artículo 34 relaciona una serie de disposiciones convenientes, como son: “1.º la retención del salario; 2.º el embargo de cuentas bancarias y otras fuentes; 3.º deducciones en las prestaciones de seguridad social; 4.º el gravamen o la venta forzosa de bienes; 5.º la retención de la devolución de impuestos; 6.º la retención o el embargo de pensiones de jubilación; 7.º el informe a los organismos

de crédito; 8.º la denegación, suspensión o retiro de diversos permisos (por ejemplo, el permiso de conducir); 9.º el uso de la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos a fin de conseguir el cumplimiento voluntario”.

En lo que se refiere a la cooperación entre autoridades de distintos Estados, rigen el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008; el Convenio de 20 de junio de 1956, de las Naciones Unidas, sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, hecho en Nueva York, y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, firmado por todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, establece que los Estados de tipo federal o con pluralidad de ordenamientos jurídicos pueden designar más de una autoridad central, especificando su ámbito territorial e indicando a qué autoridad central puede dirigirse toda comunicación para que esta sea transmitida a la autoridad central competente dentro de ese Estado.

El artículo 50 de este texto legal establece las funciones específicas que se asignan a las autoridades centrales, y que son, con carácter general, cooperar entre sí, especialmente en el intercambio de información, y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados miembros, tratando de resolver las dificultades que pudieran surgir en la aplicación del reglamento.

Cada autoridad central, además, deberá asumir los costes de su intervención sin cargar al solicitante ningún gasto por los servicios prestados, salvo los costes excepcionales –a estos efectos, no se considerarán excepcionales los costes asociados a la localización del deudor–; en cualquier caso, y tal como establece el artículo 54.3, para que la autoridad central pudiera exigir el reembolso de estos costes excepcionales el solicitante tendría que haber dado su consentimiento previo a la prestación de los servicios cuyo coste se reclama.

En virtud de este reglamento, un acreedor que pretenda el cobro de alimentos puede presentar las solicitudes siguientes, relacionadas en el artículo 56: “de reconocimiento o reconocimiento y otorgamiento de ejecución de una resolución; de ejecución de una resolución dictada o reconocida en el Estado miembro requerido; de obtención de una resolución en el Estado miembro requerido cuando no exista resolución previa, incluida la determinación de la filiación en caso necesario; de

obtención de una resolución en el Estado miembro requerido cuando no sea posible el reconocimiento y el otorgamiento de ejecución de una resolución dictada en un Estado que no sea el Estado miembro requerido; de modificación de una resolución dictada en el Estado miembro requerido, o de modificación de una resolución dictada en un Estado distinto del Estado miembro requerido”.

En este punto hay que señalar que, a efectos de una solicitud de reconocimiento y de otorgamiento de ejecución, o a efectos de la ejecución de resoluciones, y según lo dispuesto en el artículo 64.1 del Reglamento (CE) 4/2009, el término “acreedor” puede comprender tanto al organismo público que actúe en nombre de una persona física a la cual se deba el pago de alimentos, como al organismo al que se adeude un reembolso por prestaciones concedidas a título de alimentos.

En relación con lo anterior, el artículo 64.2 establece que el derecho de un organismo público a actuar en lugar de una persona física a quien se le deba el pago de alimentos o a solicitar el reembolso de prestaciones concedidas al acreedor a título de alimentos se regirá por la ley a que esté sujeto dicho organismo.

El mismo artículo 56 que comentábamos antes señala, en su punto 3.º, que las solicitudes que se pueden presentar al deudor contra quien existe una resolución en materia de alimentos deberán ser remitidas a la autoridad central del Estado miembro requerido a través de la autoridad central del Estado en que reside el solicitante, mediante formulario según modelo oficial. Este formulario de petición o solicitud, según se indica en el artículo 59, habrá de cumplimentarse en la lengua oficial del Estado miembro requerido.

Las autoridades centrales deben tramitar los asuntos con toda la rapidez que permita el examen adecuado de las cuestiones planteadas, y utilizarán los medios de comunicación más rápidos y eficaces de que dispongan; solo pueden negarse a tramitarlas cuando sea manifiesto que no se cumplen los requisitos exigidos.

El Convenio de 20 de junio de 1956, de las Naciones Unidas, sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, hecho en Nueva York (EDL 1956/80), trata de facilitar, a quienes se encuentren en el territorio de un Estado parte, la recepción de alimentos de otra persona que se encuentre sujeta a la jurisdicción de otro Estado parte, mediante la intervención de organismos específicos que el artículo 1 denomina “Autoridades Remitentes” e “Instituciones Intermediarias”.

Con el mecanismo articulado mediante este convenio, se evita que el acreedor de los alimentos deba litigar personalmente en el país en que se encuentra el deudor.

La aplicación de este resorte es adicional a otros medios que el acreedor pueda eventualmente utilizar para lograr los mismos fines; no sustituye, por lo tanto, a otras soluciones de derecho interno o internacional con las que el demandante pudiera obtener los alimentos.

El Convenio de 20 de junio de 1956, de las Naciones Unidas, solo resulta de aplicación cuando acreedor y deudor se encuentren en Estados parte. Estos Estados parte deben designar a una o más autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio las funciones de “Autoridad Remitente”, consistentes en dar trámite a las solicitudes del acreedor de alimentos, transmitiendo los documentos y actos judiciales necesarios al Estado del demandado, cerciorándose de que la solicitud es formulada de buena fe y asegurándose de que esta es conforme a la ley del Estado del demandante.

Los Estados parte también han de nombrar a un organismo (público o privado) denominado “Institución Intermediaria”, que actuará en el país del demandado según las funciones que le atribuye el artículo 6 del convenio.

España ha designado como autoridad central competente a los efectos previstos en este convenio a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, y como institución intermediaria actúa el Ministerio Fiscal, que se encargará de la recepción de la documentación remitida por la autoridad remitente y tomará todas las medidas para lograr el pago de los alimentos.

La institución intermediaria podrá actuar en nombre del demandante, siempre dentro de las facultades que este le haya conferido, ya sea intentando una transacción con el demandado o ejercitando una acción nueva de reclamación de alimentos. En cualquier caso, las normas aplicables a la resolución de estas acciones de reclamación de alimentos serán las del Estado del demandado, según queda establecido en el artículo 6.3, inclusive las del derecho internacional privado de ese Estado.

En España, se acude con frecuencia a esta vía de la interposición de la acción con los Estados que son parte: Argelia, Argentina, Australia, Barbados, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Colombia, Chile, Ecuador, Ex República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Guatemala, Haití, Israel, Kazajstán,

Kirguizistán, Marruecos, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Níger, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, República Centroafricana, Santa Sede, Sri Lanka, Serbia, Seychelles, Surinam, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania y Uruguay.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*exequatur*) (EDL 2015/131026), será de aplicación para conseguir que sea reconocida y ejecutada en España una decisión en materia de alimentos originada en un Estado que no sea parte de ninguno de los anteriores instrumentos internacionales – multilaterales o bilaterales– mencionados; debiendo estarse, en estos casos, a lo establecido en los artículos 41 y siguientes de esta Ley 29/2015, de 30 de julio.

Según establece el artículo 44, se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en la ley, debiendo el juez que conozca del reconocimiento pronunciarse respecto al mismo en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales.

La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el *exequatur* de la resolución extranjera.

Ahora bien, si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad y unos intereses similares. Por otra parte, una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental, pudiendo plantearse un nuevo procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles.

España prevé no reconocer las resoluciones judiciales extranjeras firmes en materia de alimentos cuando sean contrarias al orden público; cuando se hayan dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes; si la resolución se hubiera dictado en rebeldía –en estos casos, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse–; cuando la resolución extranjera se hubiera pronunciado sobre una materia respecto a la cual fuesen exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles; cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España, o cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas

partes y con el mismo objeto que se hubiese iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero. Tampoco se reconocerán las transacciones judiciales extranjeras cuando sean contrarias al orden público.

En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo, según lo dispuesto en el artículo 48, y, en particular, no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del derecho internacional privado español.

En definitiva, fuera de los supuestos enunciados en la ley que se encuentran en íntima relación con los principios jurídicos que deben presidir el ordenamiento jurídico español, como son el derecho de defensa, la seguridad jurídica, la legalidad y la igualdad de las partes, las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el *exequatur*, que se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, debemos hacer una breve referencia al nuevo reglamento conocido como Roma III, en relación a la ley de aplicación a la separación judicial y al divorcio. Se trata del Reglamento Comunitario 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de diciembre de 2010 y que entró en vigor en España el 21 de junio de 2012. Sin embargo, este reglamento excluye, en su artículo 1, las cuestiones relativas a los alimentos⁵⁰.

3.3. Análisis de algunos supuestos concretos de la obligación de alimentos fuera del ámbito de la Unión Europea

Como podemos observar a diario, la sociedad española se ha convertido progresivamente en una sociedad multicultural; esto se refleja en todos los ámbitos de la vida cotidiana y tiene consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas.

La inmigración ha dejado de ser un fenómeno transitorio e individual, convirtiéndose en un factor estructural, estable y que alcanza a la familia, al ser los extranjeros miembros de familias que forman parte de nuestra sociedad y que realizan

⁵⁰ Remitimos a los anexos de esta tesis, donde puede consultarse un cuadro que resume el derecho europeo en materia de familia y la ley aplicable en cada caso.

actos vinculados a más de un ordenamiento jurídico que reclaman continuidad, eficacia y reconocimiento jurídico.

Cuando por mandato de la norma de conflicto el derecho extranjero debe aplicarse, surge el obstáculo de su desconocimiento. El hecho de que las relaciones jurídicas relativas a la persona o a la familia estén vinculadas con dos o más ordenamientos constituye un factor de complejidad.

Esta circunstancia, cada vez más frecuente, hace necesario conocer el derecho extranjero para dar respuestas adecuadas a las nuevas situaciones que se plantean; para ello, teniendo en cuenta la complejidad de la materia, haremos una breve referencia a diversas relaciones jurídicas en las que está presente algún elemento de extranjería en relación con el derecho de alimentos de los hijos.

Puesto que el objetivo de este trabajo es analizar la pensión de alimentos de los hijos desde la perspectiva del Código Civil español, el derecho extracomunitario no se estudiará con demasiada profundidad; sin embargo, nos parece fundamental abordarlo por la creciente importancia que está adquiriendo el factor migratorio en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello por lo que consideramos que debe incluirse, aunque sea con un carácter meramente testimonial. Contemplando la multitud de ordenamientos que pueden ser objeto de aplicación en nuestro país como consecuencia del incremento del flujo migratorio, hemos decidido centrarnos en el estudio de determinadas legislaciones atendiendo únicamente al criterio de la experiencia profesional y particular que, como letrado en ejercicio, ha tenido el autor de esta tesis.

Algunas de las legislaciones seleccionadas corresponden a países con los que nos une la cercanía geográfica, como las de los Estados del Norte de África: Marruecos y Argelia. Por otra parte, debido a la vinculación cultural existente entre España e Hispanoamérica, hemos optado por analizar –teniendo en cuenta también las mencionadas razones profesionales– las legislaciones de Argentina, Ecuador y Bolivia⁵¹.

⁵¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. Tomo I: África del Norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2013. Las normas referenciadas para cada país atienden notablemente al derecho material (las disposiciones de derecho civil de la familia relativas tanto a los cónyuges como a las uniones de pareja y las relativas a las sucesiones); sin olvidar otros bloques normativos, como las normas constitucionales (relativas a la familia) y las de derecho internacional privado.

El derecho de familia del Reino de Marruecos y el de la República de Argelia son confesionales, se inscriben dentro del derecho islámico, caracterizado por la ausencia de reforma religiosa. Los textos constitucionales de ambos países hacen referencia expresa al carácter teocrático del Estado: “El Islam es la religión del Estado”.

El Reino de Marruecos y la República de Argelia han reformado sus códigos de familia con la intención de mejorar la condición jurídica de la mujer; sin embargo, esta iniciativa ha tenido escasos resultados, pues continúan manteniendo las instituciones más contestadas fuera y dentro del Islam; la poligamia y el repudio marital, aunque ahora se sujetan a cierto control judicial.

Ahora bien, en ninguno de los dos existe discusión sobre el carácter obligatorio de los alimentos que los progenitores deben pagar a sus hijos.

El Código del Estatuto Personal de 1957 (*Mudawana* o recopilación) regula lo relativo a la persona, la familia y las sucesiones. Este código ha sufrido modificaciones en los años 1993 y 2004, siendo en esta última reforma, mediante la Ley de 3 de febrero de 2004, cuando ha pasado a denominarse Código de Familia (EDL 2004/293484).

El actual Código de Familia del Reino de Marruecos entró en vigor el 5 de febrero de 2004, y es fruto de la Ley 03.70, promulgada por el *Dahir* (ley) 1.04.22, de 3 de febrero de 2004 (BOM, n.º 5184, de 5 de marzo de 2004). Sus disposiciones se desarrollan en un total de cuatrocientos artículos estructurados en seis libros. El primer libro se refiere al matrimonio; el segundo trata sobre la disolución del matrimonio; el tercero, sobre la filiación; el cuarto regula la capacidad; el quinto, los testamentos, y el sexto, las sucesiones.

Las disposiciones del Código de Familia del Reino de Marruecos se inspiran e interpretan de acuerdo a los principios de la religión musulmana, la jurisprudencia y la escuela malekita.

Este código prevé varias modalidades de disolución del matrimonio en vida de los esposos en su Libro II: el repudio marital, regulado en los artículos 78 a 93 del Título III; el divorcio judicial, recogido en los artículos 94 a 98 del Título IV, y el repudio a petición de la mujer mediante compensación al marido (*khol'*), contemplado en el Título V; en el artículo 114 de este mismo título se incluye el divorcio por mutuo acuerdo.

La esposa tiene derecho a obtener el divorcio alegando y probando ante el juez que se cumple alguno de los motivos tipificados en el artículo 98 del Código de Familia: malos tratos o sevicias, falta de sustento, enfermedad grave o vicio redhibitorio, ausencia del marido o promesa de continencia o abandono.

Si la mujer no puede probar tales causas –aunque siempre existe la opción de que el divorcio lo solicite el marido–, le queda la posibilidad de pedir el divorcio por la causa más genérica de desacuerdo o *chiqaq*, contemplado en el artículo 94. En este caso, el juez valorará las compensaciones económicas que deben entregarse en función de la responsabilidad en la ruptura de cada uno de los esposos, tal y como establece el artículo 84.

En lo que concierne a los efectos de la ruptura conyugal sobre los hijos, el padre mantiene la tutela (*wilaya*), entendida esta como el control y la protección tanto de la persona como de los bienes del hijo o de la hija, mientras que la madre ostenta la guarda física (*hadana*), que sería el derecho de crianza, esto es, prodigar a los hijos los cuidados personales y materiales necesarios –excluidos los alimentos– hasta que alcancen la mayoría de edad.

Por tanto, la persona que tiene la guarda, habitualmente la madre, no puede decidir sobre la formación o instrucción que va a recibir su hijo o su hija, al tratarse de una función que corresponde al padre⁵².

El artículo 171 del Código de Familia del Reino de Marruecos establece que la *hadana* se confía, en primer lugar, a la madre; en segundo lugar, al padre, y después, a la abuela materna. En su defecto, el tribunal tomará la decisión en interés del menor, atribuyéndosela al pariente más capacitado.

⁵² Código de Familia del Reino de Marruecos (*Mudawana*) (EDL 2004/293484):

Article 198: “Le père doit pourvoir à l’entretien de ses enfants jusqu’à leur majorité ou jusqu’à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études. Dans tous les cas, la fille ne perd son droit à l’entretien que si elle dispose de ressources propres ou lorsque son entretien incombe à son mari. Le père doit continuer à assurer l’entretien de ses enfants handicapés et incapables de se procurer des ressources”.

Article 199: “Lorsque le père est, totalement ou partiellement, incapable de subvenir à l’entretien de ses enfants et que la mère est aisée, celle-ci doit assumer la pension alimentaire au prorata du montant que le père est dans l’incapacité d’assurer”.

Article 200: “Le versement des arriérés de la pension alimentaire, ordonné par jugement au profit des enfants, prend effet à compter de la date de cessation du versement de ladite pension”.

Article 201: “La rémunération pour l’allaitement d’un enfant est une obligation à la charge de la personne à qui incombe son entretien”.

Article 202: “Les dispositions relatives à l’abandon de famille sont applicables à toute personne à qui incombe l’entretien des enfants et qui cesse de l’assurer, sans motifs valables, pendant une durée d’un mois au maximum”.

El Código de Familia establece la igualdad en cuanto a la edad de los hijos y las hijas sujetos a guarda –la mayoría de edad se alcanza, ahora, a los 18 años para ambos sexos–; pero, a partir de los 15 años, pueden elegir al progenitor que tendrá la guarda, lo que constituyó una gran novedad del Código de Familia de 2004.

El Código de Familia de 2004 también reforzó los derechos de los hijos tras las crisis matrimoniales. Por ejemplo, el artículo 168 prevé que los gastos de vivienda, alimentos (*nafaga*) y remuneración de la guarda sean independientes, de tal manera que los hijos que se benefician de la guarda –hasta la mayoría de edad– solo deberán abandonar el domicilio conyugal si el padre les ha previsto otro alojamiento adecuado, dotándolo de un claro valor alimenticio. De esto se deduce indirectamente que la madre que ejerce la guarda no podrá ser expulsada del domicilio familiar si no se ha previsto para ella un alojamiento adecuado.

El ámbito de aplicación del Código de Familia es muy extenso pues, tal y como indica el artículo 2, se aplica a: “1.º todos los marroquíes, aunque dispongan de otra nacionalidad; 2.º los refugiados, incluidos los apátridas, de conformidad con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre la situación de los refugiados; 3.º cualquier relación entre dos personas siempre que una de las dos sea marroquí; 4.º cualquier relación entre dos marroquíes siempre que uno de los dos sea musulmán”.

No escapan, pues, a su ámbito de aplicación los matrimonios binacionales o mixtos en los que uno de los esposos sea marroquí. Esto tiene una enorme repercusión en nuestro derecho interno, lo que ha supuesto que España suscriba dos convenios con Marruecos.

Se trata, por una parte, del Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997, que excluye de su ámbito de aplicación material las resoluciones testamentarias, sucesorias y las medidas cautelares y provisionales, salvo las dictadas en materia de alimentos. Y, por otra, del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997, de aplicación, según establece su artículo 2, “a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados”, y que tiene por objeto las siguientes materias: “1.º garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes;

2.º hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado, y 3.º favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados”.

Para garantizar la consecución de estos objetivos, ambos Estados se comprometen a recurrir a los procedimientos de urgencia previstos en sus respectivas legislaciones internas.

El reconocimiento de una sentencia española en Marruecos se supedita a que se presente un procedimiento ante el juzgado de primera instancia correspondiente al domicilio del demandado o, en su defecto, del lugar en el que tenga que llevarse a cabo la ejecución de la decisión, según lo establecido en los artículos 128 del Código de Familia y 430 del Código de Procedimiento Civil Marroquí, de 28 de septiembre de 1974.

La ejecutoria extranjera ha de reunir un conjunto de condiciones para que sea reconocida en Marruecos, entre las que se encuentran: el control de la competencia judicial –tanto internacional como interna–, del orden público y de la regularidad de la decisión extranjera –en este caso, española–, así como la ausencia de incompatibilidad con una decisión que ya se haya dictado en Marruecos o con un procedimiento pendiente.

Ahora bien, habrá que tener en cuenta que en Marruecos no se reconocerán las sentencias españolas en las que se determine el reparto de la responsabilidad parental entre los progenitores, dada la gran diferencia que existe entre el sentido de estas medidas en el derecho español y en el marroquí.

Si se compara la regulación que otorga el Código de Familia del Reino de Marruecos a la guarda con la finalidad de esta institución en el ordenamiento español, se aprecian diferencias significativas.

En el derecho marroquí, la guarda (*hadana*) se constituye en interés del menor, pero es un derecho que se reconoce a la madre, como primera beneficiaria. En cuanto a su contenido, es mucho más limitado que en el caso de la guarda y custodia del derecho español, en la medida en que, en todo caso, no conlleva, por ejemplo, el derecho a determinar el lugar de residencia habitual del hijo. Por otro lado, la patria potestad del

menor corresponde en exclusiva al padre, que es su tutor y representante legal, no existiendo la patria potestad compartida en Marruecos.

Del artículo 2 de la Constitución argelina se desprende el carácter teocrático del Estado: “El Islam es la religión del Estado”; de tal manera que el Código de Familia de Argelia, aprobado por la Ley 84.11 de 9 de junio de 1984 (EDL 1984/11129) y reformado en el año 2005 (JORA, de 27 de febrero de 2005), sigue los principios de la religión musulmana y, en ausencia de disposiciones sobre alguna cuestión, su artículo 222 remite a la charía islámica y a la escuela malekita.

La inexistencia de una reforma religiosa es clave para comprender la perennidad del estatuto jurídico de inferioridad de la mujer, pese a la declaración de buenas intenciones que supone la cláusula de no discriminación enunciada en el artículo 29 del texto constitucional.

El Código de Familia de Argelia prevé distintos modos de disolución del matrimonio en vida de los esposos, recogidos en sus artículos 48 y 54: el repudio marital, el repudio a petición de la mujer mediante compensación (*khol'â*) al marido, el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio a solicitud de la mujer por las causas legalmente previstas en el código, requiriendo todas las modalidades la intervención del juez, según lo establecido en el artículo 49.

La esposa tiene derecho a obtener el divorcio alegando y probando ante el juez que se da alguno de los motivos tipificados en el artículo 53 del Código de Familia de Argelia. La reforma del año 2005 introdujo entre las posibles causas de divorcio la de “discordia o desacuerdo”, que viene a ofrecer un motivo general que debe ser valorado en cada caso por el juez.

En lo que se refiere a los efectos del divorcio sobre los hijos, el padre ostenta la tutela, es decir, la patria potestad, y la madre, la guarda física o *hadanna*. En el derecho islámico, existen como causas comunes de pérdida de la *hadanna* por parte de la madre las nuevas nupcias, la residencia en el extranjero y la no educación del hijo en la fe musulmana.

La madre sustituye al padre en el cumplimiento de los actos de carácter urgente relativos a sus hijos en situaciones de ausencia o impedimento de este; si bien, en caso de divorcio, el juez asigna el ejercicio de la tutela al progenitor al que se ha confiado la guarda de los hijos, según indica el artículo 87 del Código de Familia de Argelia.

Además, el artículo 72 dispone que la madre responsable de la guarda permanezca en el domicilio conyugal hasta que el padre ejecute la decisión judicial relativa al alojamiento.

En materia de alimentos, será al padre a quien corresponda con carácter prioritario la manutención de los hijos en toda su amplitud⁵³.

Las normas de derecho internacional privado fueron introducidas en el Código Civil argelino por ley en el año 1975 (JORA, de 30 de septiembre de 1975) y se trata de normas bilaterales.

En lo que concierne a los efectos del matrimonio, se discrimina a los cónyuges pues, según establece el artículo 12 del Código Civil argelino, “los efectos personales y matrimoniales del enlace se sujetan a la ley nacional del marido, en el momento de la celebración del matrimonio”.

En cuanto a la validez del matrimonio y sus efectos, el artículo 13 regula que “si uno de los cónyuges es argelino en el momento de la celebración del matrimonio, la ley argelina será la única aplicable, salvo en lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio”. Se atiende, en definitiva, a los privilegios de nacionalidad y religión que permiten al marido musulmán ejercer la poligamia y el repudio.

España suscribió, el 24 de febrero de 2005, un Convenio con Argelia, relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, que facilita el reconocimiento de decisiones y actos auténticos, incluidas las decisiones sobre alimentos.

⁵³ Título III, sobre la pensión alimentaria, del Código de Familia de Argelia (EDL 1984/11129):

Article 74: “Sous réserve des dispositions des articles 78, 79 et 80 de la présente loi, le mari est tenu de subvenir à l’entretien de son épouse dès la consommation du mariage ou si celle-ci le requiert sur la foi d’une preuve”.

Article 75: “Le père est tenu de subvenir à l’entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources. Pour les enfants mâles, l’entretien est dû jusqu’à leur majorité, pour les filles jusqu’à la consommation du mariage. Le père demeure soumis à cette obligation l’enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou s’il est scolarisé. Cette obligation cesse dès que l’enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins”.

Article 76: “En cas d’incapacité du père, l’entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d’y pourvoir”.

Article 77: “L’entretien des ascendants incombe aux descendants et vice-versa, selon les possibilités, les besoins et le degré de parenté dans l’ordre successoral”.

Article 78: “L’entretien consiste en la nourriture, l’habillement, les soins médicaux, le logement ou son loyer et tout ce qui est réputé nécessaire au regard de l’usage et de la coutume”.

Article 79: “En matière d’évaluation de l’entretien, le juge tient compte de la situation des conjoints et des conditions de vie. Cette évaluation ne peut être remise en cause avant une année après le prononcé du jugement”.

Article 80: “L’entretien est dû à compter de la date d’introduction de l’instance. Il appartient au juge de statuer sur le versement de la pension sur la foi d’une preuve pour une durée n’excédant pas une année avant l’introduction de l’instance”.

Los procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos se registrarán, como establece el artículo 20 de este convenio, por la legislación del Estado requerido.

En nuestra opinión, a pesar de la existencia de tratados firmados entre España y estos Estados, las enormes diferencias culturales entre nuestra legislación y los ordenamientos jurídicos de Marruecos y Argelia –estos últimos de carácter confesional– implican una dificultad considerable para la aplicación recíproca de las sentencias dictadas por los tribunales de estos países. Las extremadas divergencias jurídicas en la concepción del derecho de familia, que pueden sintetizarse, entre otras, en la falta de igualdad entre hombre y mujer o en la atribución exclusiva al padre de la patria potestad de los hijos, suponen que difícilmente la ejecutoria extranjera en España –y viceversa– reúna las condiciones de compatibilidad requeridas para que pueda ser reconocida sin que se vean conculcadas las normas de competencia judicial y el orden público del Estado receptor en el que se pretende aplicar dicha resolución.

Ahora bien, en el ámbito exclusivo de las pensiones alimenticias de los hijos reconocidas judicialmente, la cuestión debería de ser más fácil de articular, por lo menos en los supuestos en que se solicita el pago de la pensión al padre, teniendo en cuenta que tanto la legislación española como la marroquí y la argelina –a pesar de los diversos matices, límites y particularidades que las separan– reconocen la obligación de mantener a los hijos, cuando menos, a la figura paterna.

A diferencia del derecho del Norte de África, existe un nexo común en la evolución jurídica del derecho de familia de los países de Sudamérica y Centroamérica y una tendencia progresiva a equiparar al hombre y a la mujer durante el matrimonio – en lo que se refiere a la gestión de los bienes– y en la disolución del mismo y sus medidas. En la actualidad, en todos los países sudamericanos y centroamericanos se permite la disolución del matrimonio mediante el divorcio. Chile ha sido el último país en regularlo, incluyéndolo en la Ley de Matrimonio Civil del año 2004.

Un rasgo característico y relevante es la progresiva equiparación, total o parcial, de la pareja de hecho heterosexual –familia natural, concubinato, matrimonio informal, etc.– con el matrimonio; principalmente debido a razones sociológicas, al ser la realidad social de varios millones de personas en los países americanos, una realidad latente que no se halla al margen de la legislación y que exige ser tenida en cuenta debido a su generalización.

Los regímenes matrimoniales legales en los países americanos que nos ocupan tienen características diferentes y ofrecen combinaciones variadas, que van desde la separación de bienes hasta la comunidad de bienes; sin embargo, es el régimen de comunidad o gananciales –que recibe nombres diversos, como comunidad de bienes, sociedad legal, sociedad de ganancias, propiedad común, etc.– el que predomina.

Las normas de conflicto de los países americanos remiten generalmente a la conexión al domicilio conyugal. Ha de tenerse en cuenta que estos países rechazan, por lo general, la técnica del reenvío, si bien existen varios convenios bilaterales entre España y estos países –aunque no con todos– por los cuales se facilita el reconocimiento mutuo de las decisiones.

Siendo multitud los Estados americanos cuya regulación puede ser objeto de estudio, procedemos a realizar una breve descripción de los aspectos más significativos de la normativa en materia de familia –con especial atención a la regulación de cuestiones alimenticias– de algunos países que, como consecuencia de la emigración de sus súbditos, han mantenido recientemente un estrecho vínculo con España, como son Argentina, Bolivia y Ecuador.

Conforme al artículo 1 de la Constitución de 1853, reformada en 1994, Argentina es una república federal organizada en veintitrés provincias, más la ciudad autónoma de Buenos Aires. El derecho de familia en Argentina, sin perjuicio de las competencias legislativas que en este ámbito detente cada provincia según sus respectivas constituciones, se regula en el Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, sancionado y promulgado por la Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014 (EDL 2014/192509), con vigencia desde el 1 de enero de 2016, derogando el Código Civil de 1869 e introduciendo importantes novedades en materia de filiación, divorcio, responsabilidad parental, parejas de hecho, capacidad y alimentos, y con alguna regulación novedosa, aunque en menor medida, en lo referente al matrimonio y las parejas estables.

Existen algunas novedades en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio referidas a la normativa para la formalización de pactos o acuerdos matrimoniales para fijar el régimen económico conyugal.

Los artículos 454 a 462 del Código Civil y Comercial argentino no solo fijan una serie de disposiciones comunes a todos los regímenes matrimoniales, sino que también

establecen la obligatoriedad de que los cónyuges contribuyan al sostenimiento del hogar y de los hijos. Asimismo, se considera imprescindible el consentimiento de ambos cónyuges para que cualquiera de ellos pueda disponer de los derechos sobre la vivienda familiar.

Además, el artículo 461 dicta que los cónyuges respondan solidariamente de las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar y la educación de los hijos.

En materia alimenticia, ambos progenitores deben contribuir al sostenimiento del hogar en proporción a sus recursos así como a las necesidades de los hijos, ya sean estos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad. Por otra parte, se reconoce expresamente el trabajo en el hogar como computable a los efectos de contribución a los alimentos, así como la incompensabilidad de los mismos.

El artículo 541 del Código Civil y Comercial argentino define el contenido de la obligación alimentaria en los siguientes términos: “La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”.

Los alimentos deben abonarse en dinero y en períodos mensuales por anticipado, si bien pueden admitirse otros tipos de pago con la autorización judicial pertinente⁵⁴.

⁵⁴ La Sección Primera del Capítulo II del Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina se refiere a los alimentos y dedica varios artículos a la prestación de alimentos, mostrando en su regulación gran similitud con la legislación de nuestro Código Civil:

Artículo 537. Enumeración: “Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”.

Artículo 538. Parientes por afinidad: “Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado”.

Artículo 539. Prohibiciones: “La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos”.

Artículo 540. Alimentos devengados y no percibidos: “Las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas pueden compensarse, renunciarse o transmitirse a título oneroso o gratuito”.

Artículo 541. Contenido de la obligación alimentaria: “La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”.

En lo que respecta a la disolución del matrimonio por divorcio, el Código Civil y Comercial argentino reconoce la legitimación para la petición de ambos cónyuges o de uno solo y, en su artículo 438, establece la obligatoriedad de presentar una propuesta que regule los efectos del mismo. En caso de desacuerdo entre las propuestas de cada parte, las cuestiones pendientes deberán ser resueltas por el juez.

El convenio regulador debe contener todas las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, las posibles compensaciones económicas entre los cónyuges, el ejercicio de la responsabilidad parental y la pensión alimenticia. Para su aprobación, el juez exigirá que se cumplan todas las garantías; además, el

Artículo 542. Modo de cumplimiento: “La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes. Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por periodos más cortos”.

Artículo 543. Proceso: “La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión”.

Artículo 544. Alimentos provisorios: “Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios”.

Artículo 545. Prueba: “El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado”.

Artículo 546. Existencia de otros obligados: “Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

Artículo 547. Recursos: “El recurso contra la sentencia que decreta la prestación de alimentos no tiene efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido si la sentencia es revocada”.

Artículo 548. Retroactividad de la sentencia: “Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación”.

Artículo 549. Repetición: “En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que a cada uno le corresponde”.

Artículo 550. Medidas cautelares: “Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes”.

Artículo 551. Incumplimiento de órdenes judiciales: “Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor”.

Artículo 552. Intereses: “Las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso”.

Artículo 553. Otras medidas para asegurar el cumplimiento: “El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia”.

Artículo 554. Cese de la obligación alimentaria: “Cesa la obligación alimentaria: a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; b) por la muerte del obligado o del alimentado; c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación. La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

artículo 440 prevé que dicho convenio pueda ser modificado si las circunstancias se ven alteradas sustancialmente en el futuro.

Finalmente, la ley argentina establece que para fijar el plazo y los efectos de la atribución de la vivienda familiar, que tiene un marcado carácter alimenticio, el juez deberá tener en cuenta a quién se le confía el cuidado de los hijos, la situación económica y de salud de los cónyuges y los intereses del grupo familiar. Además, si así lo estima oportuno, el juez podrá fijar una renta compensatoria por el uso del inmueble en favor del cónyuge al que no se atribuye la vivienda.

Bolivia fue uno de los primeros países de América Latina en regular el divorcio mediante la Ley del Divorcio Absoluto, de 15 de abril de 1932, introducida en el Código de Familia de 1972, modificado en 1988.

Posteriormente, la Ley 603, de 19 de noviembre de 2014, por la que se aprueba el Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia (EDL 2014/295225) sustituye al secular sistema causalista y culpabilista característico de las legislaciones anteriores, al ofrecer la posibilidad de la desvinculación conyugal o de la unión libre mediante acuerdo o voluntad de las partes.

El Código de las Familias y del Proceso Familiar potencia la figura del divorcio de mutuo acuerdo siempre que sea aceptado por ambos cónyuges, que no existan hijos o que estos sean mayores de veinticinco años, que no existan bienes gananciales sujetos a registro y que conste renuncia expresa de ambos cónyuges a cualquier tipo de asistencia familiar.

En caso de desacuerdo de los cónyuges, la desvinculación del matrimonio deberá resolverse en instancia judicial.

El contenido del acuerdo de divorcio no difiere mucho de lo previsto en nuestra legislación, estableciéndose que deberá contener la manifestación de ambos cónyuges sobre el divorcio o la desvinculación, la asistencia familiar para los hijos, la guarda y tutela de los hijos, el régimen de visitas previsto y la división y la partición de bienes gananciales.

El ordenamiento boliviano dedica los artículos 212 y siguientes del Código de las Familias y del Proceso Familiar a la regulación de la situación de los hijos tras la separación o el divorcio, con el fin de que se otorguen las garantías y seguridades

necesarias y teniendo en cuenta, en todo caso, el mejor cuidado y el interés moral y material de estos.

Se establece que el menor quedará al cuidado del progenitor que ofrezca mayores garantías, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención en la forma que la autoridad judicial determine⁵⁵.

⁵⁵ El Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia realiza una amplia regulación alimenticia a la que denomina “derecho de asistencia de los hijos”, de la que reproducimos los principales artículos:

Artículo 109. Contenido y extensión de la asistencia familiar: “I. La asistencia familiar es un derecho y una obligación de las familias y comprende los recursos que garantizan lo indispensable para la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta; surge ante la necesidad manifiesta de los miembros de las familias y el incumplimiento de quien debe otorgarla conforme a sus posibilidades y es exigible judicialmente cuando no se la presta voluntariamente; se priorizará el interés superior de niñas, niños y adolescentes. II. La asistencia familiar se otorga hasta cumplida la mayoría de edad, y podrá extenderse hasta que la o el beneficiario cumpla los veinticinco años, a fin de procurar su formación técnica o profesional o el aprendizaje de un arte u oficio, siempre y cuando la dedicación a su formación evidencie resultados efectivos. III. Asimismo, garantizará la recreación cuando se trate de niñas, niños y adolescentes, de personas en situación de discapacidad y de personas adultas mayores. IV. La asistencia familiar para personas con discapacidad se otorgará en tanto dure la situación de su discapacidad y no cuente con recursos. Las y los adultos mayores tienen ese derecho hasta el término de sus vidas. V. La asistencia familiar se otorgará a la madre, durante el período de embarazo, hasta el momento del alumbramiento; el mismo beneficio será transferido a la hija o hijo nacido de acuerdo a lo establecido en este Código”.

Artículo 110. Irrenunciabilidad en casos especiales: “El derecho de asistencia familiar a favor de los menores de edad y personas en situación de discapacidad es irrenunciable e intransferible. La persona obligada no puede oponer compensación por lo que le adeude la beneficiaria o el beneficiario”.

Artículo 111. Subsidio familiar: “El subsidio familiar como beneficio debe ser entregado en su totalidad a la beneficiaria o a quien tenga la guarda de la niña o el niño. Para el efecto la autoridad judicial o administrativa ordenará la entrega correspondiente”.

Artículo 112. Personas obligadas a la asistencia: “I. Las personas que a continuación se indican, están obligadas a prestar asistencia familiar a quienes corresponda en el orden siguiente: 1. la o el cónyuge; 2. la madre, el padre, o ambos; 3. las y los hermanos; 4. la o el abuelo, o ambos; 5. las y los hijos; 6. las y los nietos. II. Excepcionalmente, la autoridad judicial dispondrá que la nuera o el yerno y la suegra o el suegro estén obligadas u obligados a prestar asistencia a quienes corresponda, cuando se presenten necesidades de alimentación y salud. III. Ante la imposibilidad de obligar a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, se preguntará a los descendientes o colaterales siguientes su disposición a asumir la obligación parcial, total o de manera concurrente de la asistencia familiar. La autoridad judicial informará a la persona que acepte la obligación [de] los efectos de su incumplimiento y le permitirá definir el tiempo y la forma de otorgación de la asistencia”.

Artículo 116. Fijación de la asistencia familiar: “I. La asistencia familiar se determina en proporción a las necesidades de la persona beneficiaria y a los recursos económicos y posibilidades de quien o quienes deban prestarla, y será ajustable según la variación de estas condiciones. II. La autoridad judicial fijará la asistencia familiar en un monto fijo o porcentual, o su equivalente en modo alternativo excepcionalmente. III. La capacidad de otorgar la asistencia familiar será apreciada en forma integral de los medios que demuestren sus ingresos periódicos, salariales u otros, conforme a boletas de pago, declaraciones impositivas y otras acreditaciones. IV. En los casos en que exista un ingreso mensual igual o menor al salario mínimo nacional sea fijo o no, o en los casos en que el ingreso anual sea equivalente por mes al salario mínimo, el monto calificado no podrá ser menor al veinte por ciento del salario mínimo nacional, y se incrementará si existiere más de una beneficiaria o beneficiario de acuerdo a sus necesidades. V. Se presume que el padre o la madre tienen condiciones de salud física y mental para generar recursos económicos, para cubrir la asistencia familiar a las y los beneficiarios, mientras no demuestren lo contrario; en este caso, la autoridad judicial no podrá fijar como asistencia familiar un porcentaje menor a lo establecido en el párrafo precedente del presente artículo. VI. No se considera justificativo para la reducción o incumplimiento de asistencia familiar a favor de las y de los hijos, que la persona que tiene la

Las características más llamativas del derecho de alimentos boliviano son que fija como límite máximo para la manutención de los hijos la edad de veinticinco años, que establece expresamente como cuantía mínima el 20% del salario mínimo nacional y que, en ocasiones excepcionales, admite que la prestación se abone de modo alternativo con un valor equivalente al monto estipulado.

Sorprende la regulación del Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia sobre la guarda compartida que, en su artículo 217, es considerada como el régimen de vida ideal para estimular la corresponsabilidad de ambos padres, de manera que será el régimen de custodia elegido en todos aquellos casos en los que exista un acuerdo voluntario que garantice su adecuada estabilidad y continuidad, y siempre bajo la supervisión de un equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia.

En aquellos casos en los que la guarda corresponda únicamente al padre o a la madre, se establecerá un régimen de visitas con las condiciones que fije la autoridad competente, que podrá revocar dicho régimen en los casos en que se demuestre que el progenitor que ha obtenido la guarda impide de forma recurrente, por tres veces consecutivas, el derecho de visita al otro cónyuge. Además, se respetará en todo caso la decisión del hijo o la hija que, por causa justificada, no quiera compartir con su padre o su madre la visita que le corresponde.

En Bolivia, la reforma del derecho autónomo o interno ha quedado suspendida en el tiempo tras la suscripción de varios convenios multilaterales, y atiende, en general, a la conexión con el domicilio.

No contamos con convenios bilaterales entre España y Bolivia que faciliten el reconocimiento mutuo de decisiones en el ámbito que nos ocupa, lo que dificulta enormemente la decisión sobre la aplicación de una u otra normativa.

guarda haya establecido una nueva relación de pareja, ni el orden de los apellidos consignados en el certificado de nacimiento”.

Artículo 117. Cumplimiento de la obligación de asistencia familiar: “I. El pago de la asistencia familiar es exigible por mensualidades vencidas y corre desde la citación con la demanda. II. La asistencia familiar podrá ser entregada a la o el beneficiario de forma directa o depositada en una cuenta del sistema financiero, en función del acuerdo de las partes. III. En caso de incumplimiento, el depósito de la asistencia familiar se podrá realizar a petición de parte o con orden de la autoridad judicial en la cuenta de la entidad financiera a nombre de la o el beneficiario. Las cuentas personales de menores de edad se sujetan a las reglas de representación legal. IV. Con el fin garantizar el cumplimiento de la asistencia familiar, se reconoce el uso de las tecnologías de información y comunicación que proporcionen las entidades financieras para la realización del depósito a cargo del obligado y retiro del mismo por la o el beneficiario”.

El Código Civil de Ecuador, de 7 de julio de 1869, ha sufrido numerosas modificaciones hasta integrar el texto vigente de 2004 (Suplemento n.º 46, de 24 de junio de 2005), establecido mediante la Codificación 2005/010, de 10 de mayo de 2005 (EDL 2005/330947), cuya última revisión data de diciembre de 2014. Estas reformas han tenido por objeto adecuar el texto legal al principio de igualdad, ya sea entre marido y mujer y entre los hijos, o sea entre las parejas casadas y no casadas, tal y como recoge la Constitución, de 11 de agosto de 1998.

El Código Civil de Ecuador considera el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; si bien, según lo establecido en el artículo 222, la unión de hecho estable, monogámica y heterosexual generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, incluso en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal, siempre que hayan transcurrido los más de dos años que darían origen a una sociedad de bienes.

En Ecuador, el divorcio por consentimiento mutuo es admitido para disolver y liquidar la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, el artículo 108 del Código Civil de Ecuador señala al juez los pronunciamientos que deberá realizar en cuestiones de relaciones paternofiliales.

Así, le corresponderá a la madre divorciada o separada del marido el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas cualquiera que sea su edad; mientras que los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan, siempre y cuando se comprobare que no es inconveniente para los hijos. En ningún caso se confiará el cuidado de los hijos, independientemente de su sexo o edad, al cónyuge que hubiere provocado el divorcio si se acreditase que los motivos de la ruptura matrimonial obedecen a causas como adulterio, injurias o amenazas graves.

Por otra parte, debemos destacar que las decisiones de divorcio dictadas en España que afecten al estado civil de los casados en Ecuador van a encontrar dificultades de reconocimiento en este Estado, ya que la norma de competencia internacional indirecta, recogida en el artículo 129 del Código Civil de Ecuador, establece que cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, el matrimonio contraído en Ecuador no podrá anularse ni disolverse por divorcio, si no es mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos.

Esta norma de control de la competencia del juez de origen podrá limitar el reconocimiento en Ecuador de las decisiones de divorcio dictadas en España, pues viene a conferir competencia exclusiva a los tribunales de dicho país en tales supuestos. Véase, a este respecto, la SAP Madrid de 18 de octubre de 2004 (EDJ 2004/205871), que afirma lo siguiente: “[...] la pretendida por el apelante falta de jurisdicción no puede acogerse de conformidad con el artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes en materia de divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda, ya que es patente que ambos litigantes residían en España cuando se inició el proceso de divorcio. La aplicación de dicho artículo al caso enjuiciado por esta Sala excluye cualquier connotación de fraude de ley. Y la confrontación entre el artículo 129 del Código Civil ecuatoriano y el artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe resolverse a favor de este último, ya que los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español, tal como recoge el artículo 12.6 del Código Civil y la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española, según el número 1.º de dicho artículo”.

Finalmente, hay que señalar que no existe ningún convenio bilateral entre España y Ecuador que pudiera descartar esta condición de reconocimiento.

En materia de alimentos de los hijos, el Código Civil de Ecuador regula que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes de ambos cónyuges correrán a cargo de la sociedad conyugal; pero si un hijo tuviere bienes propios, podrían costearse con tales bienes.

En el caso de los hijos concebidos fuera del matrimonio, siempre que hubieran sido reconocidos voluntariamente por ambos padres, los dos cónyuges deberán participar en los gastos de su crianza, educación y establecimiento, fijando el juez la contribución de cada uno de ellos.

Existen unas reglas generales a las que está sujeta la prestación de alimentos, recogidas en los artículos 350 y siguientes. Los alimentos se dividen, según el Código Civil de Ecuador, en congruos, es decir, “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social”, y necesarios, “los que le dan lo que basta para sustentar la vida”. Los alimentos, ya sean congruos o necesarios, comprenden, en todo caso, la obligación de proporcionar al alimentista

menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria. Existen, además, alimentos provisionales ordenados por el juez mientras se sustancia la reclamación de los mismos.

Parece ser que para fijar la pensión alimenticia se aplican baremos diferentes a los de nuestro Código Civil, por ejemplo, cuando se establece que dichas pensiones se fijarán atendiendo “a las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”⁵⁶.

⁵⁶ El Código Civil de Ecuador regula todo el derecho de familia en este país. A continuación, reproducimos aquellos artículos que tienen una incidencia directa sobre la pensión alimenticia de los hijos:

Artículo 273: “Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes de ambos cónyuges, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas pertinentes. Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de tales bienes, conservándose íntegros los capitales, en cuanto sea posible. En el caso de los hijos concebidos fuera de matrimonio que hubieren sido reconocidos voluntariamente por ambos padres, o declarados judicialmente hijos de ambos padres, los dos deberán contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento, fijando el juez, de ser necesario, la contribución de cada uno de ellos. Pero se aplicará también en este caso, lo previsto en el inciso anterior”.

Artículo 276: “La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente. El juez reglará la contribución, considerando las facultades de los contribuyentes, y podrá, de tiempo en tiempo, modificarla, según las circunstancias que sobrevengan”.

Artículo 277: “Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no puede ser asistido por los padres, se presumirá la autorización de estos para las suministros que le haga cualquier persona, en razón de alimentos y medicinas, habida consideración a la capacidad económica de los padres. Pero si ese hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento de los padres, estas suministros no valdrán sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo. El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas a los padres, lo más pronto posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad de los padres. Lo dicho de los padres en los incisos precedentes, se extiende, en su caso, a la persona a quien por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo”.

Artículo 278: “El padre y la madre tienen el derecho y el deber de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad”.

Artículo 279: “Las atribuciones que por el artículo precedente se concedan a los padres, cesarán respecto de aquel que por mala conducta hubiese sido privado de ellas y serán confiadas al otro. En el caso de que ambos padres hubiesen incurrido en mala conducta, los hijos serán sacados de su poder y confiados a otra persona, la cual ejercerá tales derechos y obligaciones con anuencia del guardador, si ella misma no lo fuere”.

Artículo 280: “Los derechos concedidos a los padres en los artículos precedentes, no podrán reclamarse sobre el hijo que haya sido llevado por ellos a la casa de expósitos, o abandonado de otra manera”.

Artículo 281: “En la misma privación de derechos incurrirán los padres que, por su mala conducta, hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a menos que esta haya sido después revocada”.

Artículo 282: “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarlo del poder de ella, deberán acudir al juez competente, quien resolverá sobre la conveniencia de la devolución del hijo a los reclamantes. Si el juez competente acepta la devolución, de crearlo conveniente ordenará que los padres paguen las costas de crianza y educación que se hubieren efectuado”.

Artículo 349: “Se deben alimentos: 1.º al cónyuge; 2.º a los hijos; 3.º a los descendientes; 4.º a los padres; 5.º a los ascendientes; 6.º a los hermanos; 7.º al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley expresa se los niegue. En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales”.

Al contrario de lo que sucedía con la normativa norteafricana, las diferencias culturales entre el derecho español y el derecho iberoamericano son mucho menores lo que, sin duda, facilita la proximidad de las legislaciones en materia de familia y, en particular, en lo que se refiere a la legislación de alimentos de los hijos. Precisamente por esto, consideramos que la ejecutoria recíproca debería conllevar menos dificultades en lo que se refiere al cumplimiento, por parte de la sentencia extranjera, de los requisitos de competencia judicial, orden público, regularidad de la decisión y ausencia de incompatibilidad que permiten el reconocimiento mutuo. Sin embargo, en la práctica, la carencia de medios materiales de los tribunales de ambos Estados y la falta de cooperación de las autoridades cuando el Estado iberoamericano es el receptor de la resolución de la ejecución suponen que no siempre se pueda cumplir la obligación de pagar las pensiones de alimentos de los hijos en los términos establecidos en las sentencias; y, cuando se cumple, se produce con tal retraso que queda totalmente desvirtuado el objeto de la prestación alimenticia.

Artículo 350: “Las reglas generales a que está sujeta la prestación de alimentos son las siguientes, sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código respecto de ciertas personas”.

Artículo 351: “Los alimentos se dividen en congruos y necesarios. Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria”.

Artículo 352: “Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los cuatro primeros numerales y en el último del artículo 349, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia, y generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpado de injuria no calumniosa grave contra la persona que le debía alimentos. En caso de injuria calumniosa cesará enteramente la obligación de prestar alimentos”.

4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: CONCEPTOS RELACIONADOS Y CONTENIDO

4.1. Pensión alimenticia, sostenimiento familiar, cargas familiares y cargas del matrimonio: tratamiento en la doctrina y similitudes y diferencias

La pensión alimenticia se configura como un deber legal y moral impuesto a los padres. Prestar los alimentos constituye la máxima expresión de la solidaridad familiar, y consiste en el deber de procurar a los hijos la satisfacción de sus necesidades. Este deber adquiere carácter de obligación legal y, por ende, resulta exigible ante los tribunales de justicia.

A efectos de determinar su verdadero contenido, debemos diferenciarla de otras figuras similares; para ello, haremos referencia a las denominadas cargas familiares, cargas del matrimonio y sostenimiento familiar, conceptos todos ellos enormemente parecidos y que han sido definidos de forma confusa por la doctrina.

Sin embargo, es mayoritaria la idea de que tanto las cargas familiares o las cargas del matrimonio como el sostenimiento familiar tienen siempre un contenido más amplio que el de los alimentos; pues estos conceptos comprenden todas las obligaciones y gastos necesarios para el sostenimiento de los bienes en una unión matrimonial, incluyendo la contribución que supone la dedicación de uno de los progenitores al cuidado de los hijos comunes, o la obligación de prestarse alimentos entre los cónyuges, en cuanto carga inherente a los deberes de ayuda y socorro mutuos establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil.

En este sentido, las cargas matrimoniales y los alimentos aparecen en el Código Civil como conceptos relacionados, cuya obligación recae sobre los cónyuges; de manera que serán repartidos entre estos de acuerdo con la situación patrimonial de cada uno de ellos al dictarse la sentencia.

En ocasiones, los alimentos de los hijos se incluyen de forma confusa dentro de la expresión “sostenimiento de la familia” a que hace referencia el artículo 1362.1 del Código Civil; expresión que, en realidad, alude a una prestación mucho más amplia,

definida por Díez-Picazo y Gullón⁵⁷ en los siguientes términos: “El sostenimiento es un término amplio que abarca multitud de facetas, no es solamente la alimenticia en el amplio sentido del artículo 142 (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación), sino también lo que debe comprenderse dentro de una razonable gestión de la economía doméstica”.

Por su parte, Lacruz Berdejo⁵⁸, en su afán por concretar aún más la cuestión, afirma que “‘sostenimiento de la familia’ no quiere indicar simplemente la alimentación y el vestido de los cónyuges y sus hijos, sino también todos aquellos gastos que [...] sean congruentes con el tren de vida familiar”.

Sin embargo, parece claro que, cuando en el artículo 1362.1 del Código Civil se alude a la expresión “sostenimiento de la familia”, se está haciendo referencia a las cargas familiares, que integran todas aquellas necesidades que aun no siendo imprescindibles han de ser satisfechas para el adecuado mantenimiento y desarrollo de los distintos miembros del grupo familiar, tal como indica Vázquez Iruzubieta⁵⁹: “Las cargas familiares no son otra cosa que los gastos necesarios para sostener el ritmo vital de la familia en relación a todos sus miembros, que se deben entender en sentido amplio, incluyendo los gastos originados por la normal vida en familia, por la convivencia habitual, aunque no sean estrictamente imprescindibles”.

En idéntico sentido se pronuncian otros autores, como Morales Moreno⁶⁰, que define el sostenimiento familiar como “todo lo referente a las necesidades vitales de quienes integran el hogar en sentido estricto, aunque desborden la obligación legal de alimentos”.

Estos autores llevan hasta sus últimas consecuencias el concepto de solidaridad familiar, en virtud del cual a la familia no solo le correspondería cubrir las necesidades mínimas de sus miembros, sino también hacerse cargo de todo lo que razonablemente – según cada situación concreta– pueda contribuir a su desarrollo y expansión en los diferentes ámbitos de la vida.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, op. cit., p. 188.

⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis (dir.), *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. I, Madrid, Dykinson, 2011, p. 137.

⁵⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Régimen económico del matrimonio: Ley 11/1981 de 13 de mayo*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 50.

⁶⁰ MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, op. cit., p. 85.

Albaladejo⁶¹ vincula directamente todos los gastos de la unidad familiar con las cargas del matrimonio cuando afirma que “no se trata solo de los gastos que hagan los cónyuges en común para subvenir a sus necesidades, sino también de cualesquiera otros en virtud de su posición, pesen sobre la familia o simplemente sobre las personas que son sus componentes”. En la misma línea se pronuncia Díez-Picazo⁶² cuando sostiene que “las cargas del matrimonio van a comprender, en general, todos los gastos provocados por el consumo del grupo familiar que no sean atribuibles especialmente a una persona determinada, o para el más completo desarrollo de la personalidad de acuerdo con el orden de prioridades que la familia señale”.

De los Mozos⁶³ utiliza el término “sostenimiento de la familia” como sinónimo de “cargas familiares” cuando afirma que “se trata de un término con un contenido genérico que utiliza el propio texto legal, y de cuyo solo enunciado resulta con una amplitud que viene determinada por la propia tradición jurídica”.

Estos conceptos son, por tanto, más o menos pacíficos en la mayoría de la doctrina, si bien algunos autores los consideran en ocasiones sinónimos, o entienden el sostenimiento de la familia como una parte del todo que serían las cargas.

Ahora bien, la relación entre ambas figuras ya venía recogida en el régimen anterior a la reforma de 1981, cuando el artículo 1408 del Código Civil expresamente señalaba que “serán de cargo de la sociedad de gananciales: [...] el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges”.

4.1.1. Cargas familiares y del matrimonio: diferencias con los alimentos

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan de forma continuada las expresiones “cargas del matrimonio” y “cargas familiares” sin ponerse de acuerdo sobre si significan lo mismo o si son conceptos diferentes.

⁶¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho civil*, vol. IV, Barcelona, Edisofer, 2013, p. 139.

⁶² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentarios a los artículos 1315 a 1324”, en Manuel Amorós Guardiola *et al.*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1500.

⁶³ DE LOS MOZOS, José Luis, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, en Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2, Madrid, Edersa, 1984, p. 243.

Como señala Roca i Trías⁶⁴, el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia; aunque considera que subsistirán las cargas respecto del cónyuge “siempre que haya separación, porque el vínculo matrimonial no se disuelve y continúan los deberes de socorro y ayuda mutua”. Respecto de los hijos, la autora considera “que las cargas se originan como consecuencia de la patria potestad y, aunque lo normal es que se produzcan dentro del matrimonio, la falta de matrimonio no supone su desaparición, de ahí que haya de hablarse más de cargas familiares”. Sin embargo esta polémica no se traslada a la jurisprudencia, que considera ambos términos como sinónimos.

Las cargas del matrimonio referidas al momento anterior a la separación legal presuponen la existencia del matrimonio, del que son consecuencia necesaria, desapareciendo a causa de la separación o el divorcio las necesidades comunes e individuales de esposos e hijos, que engloban las necesidades alimenticias que puedan concurrir en los cónyuges.

Analizadas las diferencias entre los conceptos de cargas familiares y cargas del matrimonio, e identificados ambos como el conjunto de necesidades que abarca el mantenimiento total de la familia, es evidente que existirán elementos coincidentes con respecto a los alimentos, pero también aspectos diferentes.

El objeto de las cargas del matrimonio o las cargas familiares es más amplio que el de los alimentos, ya que serán los cónyuges –o miembros de la pareja de hecho– los obligados a abonar todas las cargas, obligaciones y gastos que exigen la consecución y el adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio o del condominio familiar.

No obstante, como ya hemos indicado, tanto las cargas matrimoniales como los alimentos aparecen en el Código Civil como conceptos relacionados, que recaen sobre los cónyuges y que serán repartidos entre ellos en función de su situación patrimonial al dictarse sentencia⁶⁵.

4.1.2. Doctrina jurisprudencial en torno a las cargas del matrimonio

Nuestra jurisprudencia viene tratando las cargas del matrimonio como aquellas necesidades comunes e individuales de esposos e hijos dentro del matrimonio,

⁶⁴ ROCA I TRÍAS, Encarnación, “Comentario al artículo 90 del Código Civil”, en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentario al Código Civil*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 385.

⁶⁵ Conclusiones del encuentro de jueces y abogados de familia, celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015, facilitadas por el Consejo General del Poder Judicial (EDO 2016/1000509).

diferenciándolas de la obligación de alimentos que puede surgir después de la separación⁶⁶.

A tenor de lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil, podemos decir que las cargas del matrimonio son tratadas de forma expresa en nuestro ordenamiento, y nuestra jurisprudencia las ha agrupado en: obligaciones alimenticias entre cónyuges y respecto de los hijos, gastos del domicilio familiar y de titularidad de la vivienda y *litis expensas*.

La obligación alimenticia subsiste entre los cónyuges a pesar de la separación conyugal por mantenerse el deber de socorro y ayuda mutuos, como se deduce de los artículos 67 y 143 del Código Civil. Sin embargo, como tal carga familiar, la obligación desaparece tras producirse el divorcio, pues, extinguido el vínculo conyugal, ya no existiría obligación alimenticia entre parientes y solo podría, en caso de apreciación de desequilibrio económico, mantenerse dentro de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil.

Esta obligación engloba también la alimentación y la educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar, siendo carga de la sociedad de gananciales tal y como se recoge en el artículo 1362.1 del Código Civil.

Respecto a los alimentos de los hijos comunes, remitimos a lo que venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo y que constituye la cuestión central de esta tesis: se trata de un deber legal y moral impuesto a los padres y destinado a procurar a los hijos la satisfacción de sus necesidades.

a) Los gastos del domicilio familiar y de titularidad de la vivienda

En primer lugar, este concepto se refiere tanto a los gastos de consumo (luz, agua, teléfono) como a los impuestos y al coste de otros servicios o suministros derivados del uso de la vivienda familiar. Estos gastos se imponen con carácter ordinario y prioritario

⁶⁶ Para la jurisprudencia, en materia de separación, las cargas familiares son un concepto genérico que engloba todas las prestaciones económicas a que ha de hacer frente cualquiera de los cónyuges, ya sea a favor del otro, a favor de los hijos o respecto de terceros, tal y como indica la SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/320438). Los alimentos se insertan en el concepto más amplio de cargas del matrimonio, que incluye todas las cargas, obligaciones y gastos necesarios para el adecuado sostenimiento de las necesidades del matrimonio, lo que comprende también la contribución del trabajo dedicado por uno de los cónyuges a la atención de los hijos comunes y, primordialmente, los mencionados alimentos debidos a los hijos, entendidos, en sentido estricto, como “mantenimiento”, al pasar a convivir con uno de los cónyuges tras la separación.

al cónyuge que tiene atribuido el uso temporal de la vivienda –quedando subsumidos, en parte, dentro de la eventual pensión alimenticia, en caso de que se abone– mientras se mantenga esta situación de privilegio; salvo que, por razones justificadas de amparo de los intereses de los familiares más necesitados de protección, tengan que ser abonados por el progenitor que no ocupa la vivienda.

Sin embargo, existen otros gastos que se derivan de la titularidad conjunta de la vivienda familiar que, si bien pertenecen a las deudas del matrimonio, se adjudicarán una vez liquidada la sociedad conyugal; hasta entonces, pueden y deben ser regulados por el juez, siendo el más común e importante de estos gastos el pago de la hipoteca que suele gravar el domicilio familiar⁶⁷.

En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2011 (EDJ 2011/25755) acabó con el debate planteado en torno a esta cuestión al establecer lo siguiente: “El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y, como tal, queda incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil”.

Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 26 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/263400) y la STS de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/101626).

Sin embargo, este cambio conceptual de la jurisprudencia, a pesar de ser acertado y justo, no resuelve la problemática que se plantea en la práctica en relación a los pagos relativos a las cuotas de préstamos hipotecarios; ya que, pese a la escasez de medios económicos de uno de los propietarios del inmueble, se impide a los jueces repartir la carga proporcionalmente en función del caudal económico de cada una de las partes.

⁶⁷ Como indica la SAP Barcelona de 11 de junio de 1999 (EDJ 1999/32554), con respecto a las deudas del matrimonio contraídas por ambos cónyuges, como la constitución de una hipoteca, una vez dictada sentencia de separación definitiva, el concepto de cargas se comprime frente al concepto amplio y global que se adopta en el momento de las medidas previas, que se refiere a todas las necesidades del grupo familiar. Una vez dictada la sentencia definitiva, el concepto de cargas del matrimonio tiene un alcance más restringido, conforme a lo dispuesto en los artículos 91 y 93 del Código Civil, pues aquella globalidad económica se diversifica en alimentos para los hijos y para el cónyuge en estado de necesidad que los pidiere y en pagos a favor de terceros con motivo de gastos ordinarios hechos en beneficio de la subsistencia del grupo familiar, excluyendo las obligaciones hipotecarias, dado su carácter de contrato civil celebrado con el prestamista por ambos cónyuges. En términos similares se expresa la SAP Granada de 8 de febrero de 2003 (EDJ 2003/47263).

Sirva como ejemplo la STS sala 1ª de 21 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/157702), que impone el pago de la hipoteca a medias, ya que, como deuda de la sociedad de gananciales –regulada en el artículo 1362.2 del Código Civil y en las sentencias de 28 de marzo de 2011 y de 5 de noviembre de 2008–, “ha de ser afrontada al 50 % por cada uno de los cónyuges, sin que pueda alterarse la obligación por razón del interés del menor, el cual debió de ser valorado a la hora de calcular la pensión por alimentos”. Sin embargo, por otro lado, la sala deniega la rebaja de la pensión de alimentos que debe abonar el esposo a pesar de que sus ingresos han disminuido en su nuevo puesto de trabajo. “Y ello porque la sentencia recurrida ha valorado la falta de trabajo de la madre y que esta debe pagar la mitad del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda, dado que la cuantía de los alimentos es proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. En suma, se produce una situación de enorme injusticia para el esposo, que pagará más alimentos en base a que la esposa debe asumir la mitad del pago de la hipoteca. Esto implica que él estará pagando la hipoteca vía alimentos sin derecho a reembolso –derecho que sí existe cuando uno de los cónyuges paga más del 50 % de la cuota hipotecaria–, lo que se parece mucho a pagar la hipoteca dos veces.

Así, cuando se obliga a ambos cónyuges a abonar a partes iguales las cuotas del préstamo hipotecario, es evidente que no se tiene en cuenta el hecho de que uno de ellos pueda carecer de recursos, lo que le condena al incumplimiento. Por ello, es indudable que en estos supuestos debería admitirse que uno de los cónyuges asumiera las cuotas en exclusiva, sin perjuicio de que, una vez liquidada la sociedad ganancial, pudiera exigir el reintegro de lo abonado en exceso. Esta solución se venía dando con absoluta uniformidad hasta la citada sentencia del Tribunal Supremo.

Los numerosos casos en que uno de los cónyuges carece de medios económicos para hacer frente a dicha carga hipotecaria han supuesto que la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid, en sus sentencias de 14 de marzo de 2014 (EDJ 2014/45465) y de 29 de abril de 2014 (EDJ 2014/86752), haya modificado en parte los pronunciamientos del Tribunal Supremo al señalar que “sin perjuicio de la doctrina anterior, [es necesario] garantizar los derechos de los hijos y de uno o ambos cónyuges sobre el uso del inmueble y las futuras operaciones particionales, lo que permite llegar a la asignación de la totalidad de la misma a uno solo de ellos cuando el otro carece de recursos, y sin

perjuicio de la ponderación de los pagos efectuados por cada uno al momento de liquidar el régimen económico”.

Sobre esta cuestión, en el encuentro de jueces y abogados de familia celebrado del 5 al 7 de octubre de 2015, se acordó que, si hubiere petición expresa de parte, el juez podría pronunciarse sobre el pago de los préstamos pendientes de amortizar, siempre que no hubiere divergencia entre las partes sobre el carácter común de la deuda, nombrando administrador del patrimonio común a uno de los cónyuges o progenitores o a un tercero.

Por otro lado, los gastos derivados de la titularidad conjunta dominical, como el pago de impuestos, del IBI, de los seguros vinculados a la constitución de hipotecas, etc., deben ser satisfechos por mitad o, en su caso, en atención a la cuota de participación correspondiente, sin perjuicio de que, en caso de que uno de los cónyuges los asumiera en exclusiva, pueda exigir el reintegro de lo abonado en exceso una vez liquidada la sociedad ganancial. En esta línea se manifiestan la SAP Barcelona de 26 de julio de 2012 (EDJ 2012/229732), la SAP Baleares de 6 de junio de 2014 (EDJ 2014/108530) y la SAP Toledo de 15 de octubre de 2013 (EDJ 2013/216542).

b) Las *litis expensas*

Las *litis expensas* se encuentran reguladas en los artículos 103.3 y 1318.3 del Código Civil con objeto de evitar la indefensión en el proceso de separación o divorcio de aquel cónyuge que, careciendo de bienes propios para pleitear por su situación económica, no pueda conseguir el beneficio de la justicia gratuita como consecuencia de la situación patrimonial de su consorte.

El Código Civil prevé la posibilidad de fijar las *litis expensas* como una medida provisional o provisionalísima, en sus artículos 103 y 104, dentro del concepto más amplio de cargas del matrimonio.

Por otra parte, la petición de *litis expensas* se ubica dentro de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial sin excepción, y se encuentran reguladas en el artículo 1318 del Código Civil. Su finalidad es garantizar que el cónyuge que carezca de bienes suficientes pueda acudir a los tribunales en defensa sus derechos: “Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar

mala fe o temeridad, [...] serán a cargo del caudal común y, faltando este, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de este impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita”.

Por tanto, la concesión de las *litis expensas* se supedita a la carencia de bienes propios suficientes por parte de uno de los cónyuges, debiendo abonarse en tal caso a cargo del caudal común o con los bienes propios del otro cónyuge⁶⁸.

4.2. El contenido de la pensión de alimentos

Como hemos visto en el apartado anterior, la pensión de alimentos de los hijos no puede confundirse con las cargas matrimoniales, entre las cuales entendemos que debe incluirse el completo sostenimiento de la familia que suponen las cargas familiares y del matrimonio, siendo por tanto un concepto más amplio no solo con relación a los alimentos *stricto sensu* descritos en el artículo 142 del Código Civil, sino también con respecto a los considerados como alimentos amplios, regulados en los artículos 90 y 93 del mismo código.

Centrándonos en la prestación alimenticia, debemos partir de la redacción dada al artículo 142 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que estableció como alimentos en sentido estricto “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. Si bien, como establecen los artículos 90 y 93 del Código Civil, la prestación alimenticia incluirá también la educación e instrucción del alimentista cuando sea menor de edad, y la de los hijos mayores de edad cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable; pudiendo la prestación abarcar incluso los gastos de embarazo y parto cuando no estén cubiertos de otro modo.

⁶⁸ Ha de tenerse en cuenta que el beneficio de pobreza y las *litis expensas* se hallan recíprocamente condicionadas entre sí; de suerte que si a un consorte, por la escasez de bienes propios, le correspondiese litigar bajo el beneficio de justicia gratuita pero no pudiese obtener tal beneficio por la prescripción del artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita –al deber tenerse en cuenta los recursos e ingresos económicos anuales del cónyuge del solicitante– se produciría una evidente indefensión, que puede evitarse mediante la concesión de *litis expensas* con cargo a los bienes gananciales, e incluso a otros que no lo sean, dado que con todos ellos debe atenderse al levantamiento de las cargas matrimoniales.

Moreno Mozo⁶⁹, en un intento de determinar el contenido de la pensión alimenticia, agrupó en cinco prestaciones distintas las recogidas en dicho artículo: sustento, habitación, asistencia médica, educación y gastos de embarazo y parto.

Sin embargo, atendiendo al estudio de la práctica judicial, vamos a agrupar las prestaciones con algunos matices con respecto a la clasificación realizada por Moreno Mozo, y sin pretender establecer un catálogo cerrado de las mismas, en tres apartados: sustento y vivienda, gastos médicos y educación e instrucción. Son estas últimas las que mayor controversia provocan, tal y como expondremos a continuación.

4.2.1. Sustento y vivienda

No puede existir demasiada controversia en que el sustento consiste en la manutención o alimentación en su sentido más elemental, y que incluye la comida, la bebida, el vestido –expresamente mencionado en el artículo 142 del Código Civil– y el calzado; además, consideramos que quedan incluidos en este concepto los productos de aseo personal y, en general, todo lo necesario para una subsistencia física digna⁷⁰.

La habitación puede ser objeto de mayor controversia, ya que algunos autores consideran que el gasto de vivienda debería estar incluido dentro de los alimentos que deben abonarse a los hijos. En este sentido, resulta interesante la afirmación de Díez-

⁶⁹ MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, op. cit., p. 95.

⁷⁰ No existe discusión en la jurisprudencia en cuanto a la inclusión del sustento como parte de la obligación de alimentos. Tal y como recoge el artículo 142 del Código Civil, los alimentos comprenden todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción del alimentista. La SAP Barcelona de 2 de junio de 1999 (EDJ 1999/24130), la SAP Barcelona de 30 de julio de 1999 (EDJ 1999/32086), la SAP Córdoba de 2 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/179439), la SAP Badajoz de 31 de enero de 2003 (EDJ 2003/18381), la SAP Granada de 16 de octubre de 2009 (EDJ 2009/325701), la SAP León de 21 de marzo de 2011 (EDJ 2011/70934) y la SAP Madrid de 30 de junio de 2011 (EDJ 2011/170008) establecen que, para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales, deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar proporcionalmente la pensión; pues, en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance; solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de manera efectiva y real esa proporcionalidad entre los medios de uno y las necesidades del otro. La cuantía de la deuda alimenticia será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia, cuyo criterio solo podrá evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas: “En efecto, por lo que a las necesidades de Gonzalo y Claudia respecta, de 4 y 2 años de edad cumplidos a esta fecha, como nacidos respectivamente a 21 de marzo de 2007 y 22 de septiembre de 2008, hemos de entender estas en los términos del artículo 142 del Código Civil (EDL 1889/1), a cuyo tenor ‘se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable’”.

Picazo y Gullón⁷¹, que incluyen dentro del concepto de alimentos “el disfrute del local necesario para vivienda así como un conjunto de mobiliario y enseres, por muy sucinto que sea”. Esta línea es apoyada por Lacruz Berdejo⁷², que considera parte de los alimentos amplios “el alojamiento de los cónyuges y sus hijos”.

Ragel Sánchez⁷³ concreta aún más la cuestión y especifica que, dentro de los gastos que integran los alimentos, están incluidos los de “luz, teléfono, calefacción, cuota de la comunidad de propietarios, renta del alquiler de la casa, muebles y electrodomésticos [...], reparaciones, tributos que graven las viviendas, etc.”.

Sin embargo, muchos de los gastos incluidos por estos autores como parte de la obligación alimenticia pueden confundirse con los gastos relativos al mantenimiento de la sociedad de gananciales, de un proindiviso existente entre los progenitores –de los que ya hemos tratado en el apartado anterior– o con los gastos considerados extraordinarios.

Estos gastos tienden a aclararse y separarse cada vez más en la práctica judicial: si todos los gastos de la vivienda donde residen los hijos formasen parte de la pensión alimenticia, no se establecería diferenciación alguna entre las cargas del matrimonio o las cargas familiares y la pensión alimenticia –diferencia que recoge el propio Código Civil. Además, esto daría lugar a pensiones abusivas, convirtiendo la pensión alimenticia del hijo en una pensión alimenticia encubierta para el excónyuge o la expareja, o en una pensión compensatoria.

No obstante, debemos concluir que la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tiene concedida la guardia y custodia de los hijos menores –o mayores que sigan conviviendo en el domicilio familiar por carecer de medios económicos– es un factor importante que siempre es tenido en cuenta por los tribunales a la hora de decidir la cuantía de la pensión de alimentos; ya que dicha atribución supone para el progenitor que convive con los hijos en la casa un ahorro de los gastos que implicaría el alquiler o la adquisición de una nueva vivienda.

⁷¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, op. cit., pp. 56 y ss.

⁷² LACRUZ BERDEJO, José Luis (dir.), *Elementos de derecho civil*, op. cit., p. 138.

⁷³ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 233 y ss.

Sin embargo, el cónyuge que abandona el que fue domicilio familiar debe buscar siempre otro lugar donde vivir. Así, es evidente que la adjudicación de dicho domicilio afectará de manera distinta a cada uno de los progenitores.

La jurisprudencia es pacífica desde hace varios años al señalar el carácter alimenticio que posee la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores y a los hijos, hasta que estos alcancen la independencia económica. Así se estableció en sentencias como la SAP Madrid de 11 de julio de 2003 (EDJ 2003/66499) y la SAP Córdoba de 30 de enero de 2004 (EDJ 2004/4910), que sostienen que “no supone sino una cooperación del cónyuge no custodio alimentante a la atención de las necesidades de los hijos, lo que afecta a la cuantía de los alimentos”.

Sin embargo, cuando no se haga la aportación material del domicilio familiar – porque no exista vivienda o porque no se considere adecuada en interés de los hijos alimentistas–, el progenitor custodio tendrá que buscar una nueva vivienda cuyo coste habrá de tenerse en cuenta para la fijación del importe de la pensión de alimentos.

Así se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Baleares de 11 de octubre de 2011 (EDJ 2011/259076) cuando, en relación a los gastos de vivienda, prevé expresamente que “el progenitor no custodio debe contribuir a los gastos de alquiler derivados de la vivienda que ocupa la menor en compañía de la madre. Es evidente que, en aquellos supuestos en los que se establezca esa atención económica, habría de tenerse en cuenta la atribución de la misma a la hora de aminorar el importe de la pensión alimenticia ordinaria mensual; pues lo cierto es que el alimentante contaría con menor disposición de efectivo para cubrir esa obligación asistencial. En tales casos, lo que realmente ocurre es que la prestación de alimentos se cubre a través de dos pagos: alquiler, aunque también podría ser la asunción de las cuotas y amortizaciones íntegras de la hipoteca, y pensión alimenticia regular y ordinaria”.

Como estamos viendo, a la hora de tratar el carácter alimenticio de la vivienda vuelve a tener incidencia la cuestión de la minoría o mayoría de edad de los hijos, pudiendo observarse cómo el simple cumplimiento de los dieciocho años no implica automáticamente su independencia económica.

La experiencia nos enseña que los hijos, pese a alcanzar la mayoría de edad, siguen necesitando vivir en el domicilio familiar y recibir alimentos de sus progenitores.

Que cumplan los dieciocho años no implica que dejen de representar el interés más necesitado de protección, de cara a determinar el uso del domicilio familiar.

La propia Audiencia Provincial de Madrid⁷⁴ ha ido fijando el límite del uso de la vivienda hasta el momento en que el hijo adquiere independencia económica, y no hasta la mayoría de edad propiamente dicha. Esta medida encuentra su justificación en la pretensión de amparar el interés más digno de protección, que es el del hijo, y que, normalmente, coincidirá con la terminación de sus estudios con aprovechamiento y la consecución de su independencia económica o de los medios suficientes para subsistir; o, si no finaliza sus estudios con aprovechamiento, desde que se incorpore al mundo laboral o esté en disposición de trabajar y pueda hacerlo.

Por el contrario, el Tribunal Supremo⁷⁵ limita en cierta medida los derechos que se derivan de la separación y el divorcio para los hijos una vez que estos adquieren la mayoría de edad y, por tanto, alcanzan plena capacidad de obrar. En estos casos, no se aplica automáticamente el artículo 96 de Código Civil –que atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo por ser el interés más necesitado de protección– salvo que exista acuerdo en sentido contrario de ambos progenitores, o en situaciones muy excepcionales. De esta manera, es doctrina consolidada que “se atribuya el uso de la vivienda y el ajuar a los hijos menores de edad y al cónyuge que tenga su guarda y custodia o con quien convivan más tiempo; pero solo se mantiene hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad. A partir de ese momento, el otro progenitor puede solicitar que se revise esa atribución, pero a la luz del principio del ‘interés familiar más necesitado de protección’, y que se limite dicho uso en caso de atribuirse a la parte contraria”.

Dicha argumentación nace de la esencia misma del carácter alimenticio que tiene la vivienda, ya que mientras la protección y la asistencia debidas a los hijos menores

⁷⁴ En la SAP Madrid de 10 de mayo de 2002 (EDJ 2002/41998) y en la SAP Madrid de 23 de abril de 2003 (EDJ 2003/66498).

⁷⁵ En la STS sala 1ª de 5 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/226238), la STS sala 1ª de 30 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/224288) y la STS sala 1ª de 11 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/225904). En este sentido, también puede citarse la STS sala 1ª de 6 de octubre de 2016 (EDJ 2016/171340), referida a la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos en el caso de hijos mayores de edad: “El Tribunal Supremo determina que la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda familiar deja en situación de igualdad a marido y mujer respecto al referido derecho. Para ser atribuida debe tenerse en cuenta el interés superior de protección que lo justifique y por un tiempo determinado. En cuanto a la pensión de alimentos, la fijación económica de la misma y la integración de los gastos que se incluyen entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación”.

son incondicionales –puesto que derivan directamente del mandato constitucional–, no ocurre igual en el caso de que los hijos hayan cumplido la mayoría de edad.

Este distinto tratamiento legal en función de que los hijos sean mayores o menores de edad puede llevarnos a interpretar que el derecho de uso de la vivienda adjudicado al hijo menor –en atención a esa minoría de edad– podría quedar extinguido una vez alcanzada la mayoría de edad, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección en ambos casos.

Sin embargo, como contrapartida a favor del argumento de que debe extenderse la protección del menor recogida en el artículo 96.1 del Código Civil a los hijos mayores de edad, debemos indicar que, una vez alcanzada la mayoría de edad, no puede vincularse el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil con respecto a aquellos hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto comprende el derecho de habitación, que ha de fijarse –por expresa remisión legal– conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas: bien incluyendo, al cuantificar los alimentos, la cantidad indispensable para habitación, o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

a) Gastos vinculados a la vivienda

Habiendo analizado el carácter alimenticio de la vivienda, no podemos olvidar que existen una serie de gastos asociados al domicilio familiar que, como ya hemos visto, pueden estar vinculados al sostenimiento de la sociedad de gananciales, al proindiviso familiar o a las cargas del matrimonio o de la familia, concepto este último en el que quedaría integrada la pensión alimenticia de los hijos.

No hay que olvidar que el uso de la vivienda familiar genera una serie de gastos habituales derivados de las necesidades más vitales de higiene y de vida (luz, agua, gas, calefacción, teléfono, comunidad, etc.); pero también es posible que existan gastos derivados de la adquisición o titularidad de la vivienda, impuestos, préstamos, precio aplazado u obras de mejora.

En definitiva, debemos considerar dos tipos de gastos asociados a la vivienda. Por una parte, los gastos relacionados con la conservación y el mantenimiento del inmueble, que, junto con los gastos ordinarios y de suministros de la vivienda, en pura equidad, serán asumidos por el progenitor a quien se atribuya el uso de la casa, que utilizará parte de la cuantía de las pensiones para abonarlos. Por otra parte, se encuentran aquellos gastos vinculados a la propiedad de la vivienda, como son los impuestos, el IBI, el seguro de hogar o las derramas excepcionales que supongan una mejora en el inmueble, y que, en buena medida, dependerán del régimen económico matrimonial al que esté sometida y, por ende, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

No podemos olvidar que si la vivienda familiar es ganancial –y, por tanto, su titularidad corresponde a ambos progenitores– el pago de tales gastos, como el precio aplazado pendiente de pago, los préstamos, las obras, etc., ha de ser realizado por ambos propietarios a partes iguales o, al menos, en proporción a sus respectivas posibilidades, pues se trata de gastos vinculados específicamente a la propiedad sobre tales bienes, y deberán ser sufragados por quien ostente la titularidad dominical de la vivienda. La titularidad del bien y la cuota de participación en la misma determinarán qué parte de las cargas del dominio, el IBI, los gastos comunitarios, etc., deberá sufragar cada uno de los cónyuges, independientemente de cuál de los dos ostente su uso; de tal manera que si no son abonados por alguno de los copropietarios, deberán incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales, hasta que se produzca la extinción de la misma.

Ninguna discusión ofrece el asunto cuando la vivienda es privativa de uno de los cónyuges, siendo de aplicación la normativa de la comunidad de bienes recogida en los artículos 393 y siguientes del Código Civil. En ellos se determina la participación, en tiempo y forma, en los gastos comunes –en bien del funcionamiento de los servicios generales– como una de las obligaciones del comunero, mientras que los desembolsos necesarios para la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización se repercuten a todos los condóminos.

La jurisprudencia menor, en su continua revisión de las decisiones de las instancias judiciales, es la que mejor ha sintetizado la naturaleza de estos gastos. Entre otras muchas sentencias, debemos reseñar la SAP Segovia de 13 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/187782), la SAP Madrid de 22 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/271582) y la SAP Madrid de 14 de julio de 2015 (EDJ 2015/142971), que realizan una división de

los gastos vinculados al domicilio familiar. Por una parte, se fijan los gastos que debe abonar el progenitor al cual se atribuye el uso del domicilio familiar –que vive junto con los hijos menores de edad del matrimonio–, se trata de gastos derivados de la utilización de la vivienda y tienen, por tanto, carácter alimenticio. Por otra parte, se determinan aquellos que deben ser abonados por los propietarios del inmueble o por la comunidad de propietarios.

Por tanto, el progenitor a quien se atribuye el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal o familiar tendrá la obligación de hacer frente a los gastos propios del uso del mismo –como son los suministros y consumos, las cuotas mensuales de la comunidad ordinaria de propietarios y la tasa de recogida de residuos urbanos o de basura–; debiendo sufragar los propietarios, en función de su cuota de propiedad, las aportaciones mensuales de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar, el seguro del hogar, el IBI, las derramas y demás gastos inherentes a la propiedad, todo ello hasta la venta o división de la cosa común, según el caso.

Las tensiones que surgen con motivo del conflicto familiar provocan, en la práctica, cantidad de controversias relativas a los gastos que debe abonar cada uno de los progenitores; de manera que, a menudo, acaban confundiéndose, en el fragor de la batalla judicial, las contribuciones relacionadas con el patrimonio familiar con los gastos propios del uso vinculados a las cargas familiares, con los alimentos de los hijos o incluso con los gastos extraordinarios de estos, lo que, sin duda, contribuye a prolongar en el tiempo la situación de conflictividad y obliga a realizar continuas ejecuciones de sentencias.

Un caso frecuente de conflicto es el relativo a los impuestos y tributos derivados de la propiedad de la vivienda. Mientras que, como hemos visto, no parece haber discusión con respecto al Impuesto de Bienes Inmuebles, que debe ser abonado por el o los propietarios, con independencia de quién haga uso del mismo, en el caso concreto de la tasa municipal de basuras, tiende a adjudicarse su pago a quien reside en la vivienda, apoyándose para ello en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS sala 1ª de 30 de marzo de 2012 (EDJ 2012/59909) grava al usuario del inmueble con dicha tasa, justificando que, al igual que otros gastos, como el recibo de la comunidad de propietarios o los derivados de otra serie de servicios, como portería, limpieza, luz o mantenimiento de zonas comunes, “tan solo benefician de modo directo y personal a uno de los cotitulares, esto es, aquel que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de

uso”. Tales consideraciones son plenamente aplicables a cuanto se dispone respecto del impuesto de basuras, pues hallan su sustento legal en los artículos 20.4 y 23 del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, que determinan que el sujeto pasivo de dicho tributo es el usuario del inmueble.

Por el contrario, ninguna duda cabe en relación a los gastos de comunidad de propietarios cuando se refieren a derramas aprobadas por obras que suponen una mejora de la propiedad, tal y como recogen la SAP Madrid de 23 de julio de 2015 (EDJ 2015/142965), la SAP Jaén de 17 de junio de 2015 (EDJ 2015/165671) o la SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014 (EDJ 2014/298196). Todas ellas determinan claramente que las derramas deberán ser abonadas por los propietarios de la vivienda, con independencia de quién tenga atribuido su uso. Por lo tanto, en este caso nos encontramos con que se les da un tratamiento diferente a las derramas y a los gastos ordinarios de comunidad, ya que estos últimos son asumidos en exclusiva por aquel al que se atribuye el disfrute de la vivienda familiar.

La distinta naturaleza de los gastos en que puede incurrir una familia tiene una enorme trascendencia en los casos de conflicto matrimonial y refuerza nuestra idea de que es necesario que las sentencias delimiten claramente el importe exacto con el cual cada progenitor debe contribuir a los alimentos de los hijos.

Consideramos que la propia resolución judicial debería obligar a abrir una cuenta separada que pudiera ser administrada por ambos progenitores, lo que sin duda evitaría confusiones sobre qué gastos –incluidos los de habitación– entrarían a formar parte de los alimentos de los hijos; cuáles se consideran cargas del matrimonio, de la sociedad de gananciales o de otra naturaleza, y qué destino debería darse a los fondos.

Por otra parte, en relación con los préstamos hipotecarios que gravan el domicilio familiar, volvemos a remitirnos a los argumentos y a la jurisprudencia ya analizados en lo referente a las cargas del matrimonio: la STS sala 1ª de 28 de octubre de 2012 (EDJ 2012/263400), la STS sala 1ª de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/101626), la STS sala 1ª de 26 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/263400) y la STS sala 1ª de 20 de marzo de 2013 (EDJ 2013/101626).

4.2.2. Asistencia médica

Es indiscutible que los gastos relativos a la asistencia médica deben formar parte de la contribución alimenticia de los padres a los hijos, lo que encuentra su principal apoyo en el párrafo 3.º del artículo 39 de la Constitución Española, que establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, y cuyo reflejo se plasma en los artículos 93, 143 y 145 del Código Civil, que imponen a los progenitores la obligación de alimentar, educar y procurar una formación integral a sus hijos.

La mayor parte de la doctrina⁷⁶ coincide en incluir la asistencia médica dentro de los alimentos recogidos en el artículo 142 del Código Civil. Sin embargo, consideramos que debemos detenernos en dos cuestiones, ya que en la práctica los gastos médicos son objeto de mayor controversia.

En primer lugar, habría que preguntarse si es posible reclamar dichos gastos médicos dentro de la pensión alimenticia, puesto que muchos de ellos no pueden preverse en el momento de fijar la pensión. Además, hay que tener en cuenta que este tipo de servicios médicos –al afectar a la obligación más importante que un padre puede tener con respecto a un hijo, que es la de velar por su salud– son incondicionales y no pueden negarse nunca.

En segundo lugar, es importante analizar qué tipo de prestaciones o servicios referentes al cuidado de los hijos deben cubrirse, lo que constituye una de las cuestiones más controvertidas en la práctica; y es que, según el caso de que se trate, estarán incluidos no solo los servicios prestados por cualquier profesional de la salud –médicos, enfermeros, fisioterapeutas, psicólogos, etc.– sino también todo lo necesario para disfrutar de un estado de salud óptimo: fármacos, prótesis, aparatos –gafas, audífonos–, estancias en centros de rehabilitación o desintoxicación, etc.

La asistencia médica imprescindible, dirigida a curar enfermedades, propia de los alimentos entre parientes marcará –en palabras de Díez-Picazo y Gullón⁷⁷– “un mínimo en el contenido de los alimentos; bastando la mera conveniencia de la prestación sanitaria, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para que la misma se convierta en una necesidad contemplada en el artículo 1362.1 del Código Civil”. De este modo, también cabría plantearse si pueden incluirse dentro de las cargas

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, op. cit., pp. 56 y ss.

⁷⁷ *Ibid.*

del matrimonio aquellos tratamientos que no son imprescindibles pero que conducirían a una mejora de la calidad de vida, como las operaciones de cirugía estética o un tratamiento no imprescindible de adelgazamiento.

Evidentemente, este tipo de tratamientos o intervenciones son contemplados de forma muy restrictiva por juzgados y tribunales, admitiéndolos, como sucede con los gastos de embarazo y parto, cuando no estén cubiertos por la Seguridad Social; de tal manera que solo en los casos de mayor importancia o gravedad podrán incluirse los servicios prestados por la sanidad privada, a pesar de que también los ofrezca la Seguridad Social.

Bustos Moreno⁷⁸, sin embargo, se muestra restrictiva con los gastos médicos que pueden reclamarse ya que, en su opinión, salvo que exista acuerdo entre los progenitores, habrán de limitarse a los urgentes, “[...] toda vez que estamos delimitando el contenido mínimo de aquellos gastos que deben ser cubiertos imperativamente, al amparo del artículo 1362.1 del Código Civil, a excepción de que exista un acuerdo entre los cónyuges a este respecto, o bien la posición económica de la familia claramente así lo permita”.

Es evidente que el gasto médico, con independencia de su alcance fisiológico – puesto que incluye tanto la salud física como la psíquica–, es necesario y estará comprendido siempre dentro de los alimentos, independientemente de que el gasto sirva para costear un tratamiento urgente o no urgente. La controversia que, en nuestra opinión, se plantea con mayor frecuencia entre los litigantes en relación a los gastos médicos no se refiere tanto a su obligatoriedad –ya que, en la mayoría de las ocasiones, los padres muestran voluntad de sufragarlos cuando se producen problemas de salud de cierta gravedad–, sino a la conformidad con el tratamiento, el especialista y su coste.

Y es que, en la práctica, salvo que se trate de enfermedades o tratamientos crónicos que padezcan los hijos en el momento de la ruptura matrimonial o familiar – que, al ser previsibles, pueden computarse dentro de la pensión de alimentos–, estos gastos se considerarán extraordinarios de tipo médico –a cuyo contenido dedicaremos un apartado concreto– y su reclamación podrá efectuarse mediante el trámite de la ejecución de sentencia, o bien por el nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria

⁷⁸ BUSTOS MORENO, Yolanda B., *El mantenimiento de la familia en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 39.

como una medida urgente que afecta a la patria potestad, al amparo del artículo 158 del Código Civil.

En todos los casos, el juez deberá resolver en relación a la procedencia del gasto, la elección del tratamiento, el especialista y, eventualmente, el modo de financiar su coste, todo ello teniendo en cuenta la necesidad y la gravedad de la enfermedad, y si su tratamiento está cubierto o no por la Seguridad Social. Lo anterior se mantiene de forma pacífica en la jurisprudencia de las audiencias provinciales, entre otras muchas sentencias, en la SAP Pontevedra de 9 de abril de 2010 (EDJ 2010/90451), la SAP Zaragoza de 1 de febrero de 2012 (EDJ 2012/57452), la SAP Murcia de 5 de abril de 2016 (EDJ 2016/55360) o la SAP Navarra de 25 de enero de 2016 (EDJ 2016/97227), que sostiene que “tienen la consideración de gastos extraordinarios del hijo común los gastos médicos, diagnósticos, pruebas y terapias a los que se ha sometido al hijo. Sostiene la Sala que ante las dolencias del menor deben justificarse los gastos asistenciales reclamados por la madre, de los que necesariamente debe participar el padre en igual proporción. Los problemas de comportamiento del niño, con los recientes episodios de ingresos hospitalarios por urgencias, permiten entender justificado que la madre, encargada de su cuidado cotidiano, haya accedido al sector privado de la medicina de forma puntual y concreta y para lograr la pronta estabilidad del menor”.

La configuración de nuestra sanidad pública implica que si el tratamiento médico está comprendido dentro del sistema de protección de la Seguridad Social no se genere ningún tipo de gasto, a excepción de los medicamentos que deban administrarse al paciente y, posiblemente, los costes del traslado a revisiones o sesiones de rehabilitación. Este tipo de gastos rara vez pueden tener la consideración de extraordinarios, salvo que el coste de una medicación específica suponga una cantidad que sobresalga de lo normal.

En contraposición a lo anterior, tendrán la consideración de gastos extraordinarios todas las atenciones médicas que necesite el hijo y que no estén cubiertas por la Seguridad Social, siendo el caso más típico en la práctica el de los tratamientos odontológicos o del oculista.

Ahora bien, como hemos visto en la jurisprudencia referenciada, la problemática surge cuando un servicio está cubierto por la Seguridad Social pero uno de los progenitores acude a la sanidad privada, no existiendo en estos casos un criterio consolidado entre los tribunales para resolver la cuestión. En este sentido se han

pronunciado la SAP Tarragona de 18 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/253013), la SAP Barcelona de 8 de abril de 2015 (EDJ 2015/97976) y la SAP A Coruña de 11 de marzo de 2015 (EDJ 2015/51508).

No obstante, teniendo en cuenta que el hijo ya ha recibido la atención médica, antes de adoptar cualquier decisión será conveniente valorar los motivos por los que el progenitor ha decidido sustituir la sanidad pública por la privada, y siempre deberá prevalecer, frente a los intereses partidistas de los padres, el supremo interés del hijo, que queda puesto de manifiesto en todo lo que afecta a su salud, como muestran la SAP Albacete de 23 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/266725), la SAP Barcelona de 30 de enero de 2014 (EDJ 2014/10874) o la SAP Pontevedra de 8 de marzo de 2013 (EDJ 2013/20774).

En definitiva, nuestra jurisprudencia no hace sino desarrollar la obligación contenida en el artículo 39.3 de la Constitución Española, que establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; todo ello en íntima relación con el mencionado artículo 154 del Código Civil –reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia a la adolescencia–, que preceptúa que los padres están obligados a alimentar, educar, cuidar y procurar una educación integral a sus hijos menores. En la práctica, observamos cómo los convenios reguladores y las sentencias ya separan con total claridad los gastos extraordinarios de la cláusula relativa a los alimentos ordinarios.

La cuestión es mucho menos controvertida, en nuestra opinión, en los casos en que el gasto médico no es necesario, ya que –con independencia de que pueda considerarse como gasto extraordinario– deberá adecuarse a los usos y circunstancias de la familia, en definitiva, al nivel económico de la familia, o considerarse una mera liberalidad de los padres.

4.2.3. Educación e instrucción

Finalmente, debemos hacer referencia a los gastos de educación e instrucción, que, de todas las obligaciones contenidas en el artículo 142 del Código Civil, son los que más dificultades producen en la práctica. La reforma del Código Civil llevada a cabo en 1990 mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, los

amplió a su máximo contenido dentro de la cobertura de los alimentos al añadir el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil: “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

La extensión de los alimentos a la educación de los hijos mayores de edad fue la reforma más importante y se realizó con el apoyo de la mayoría de la doctrina, lo que supone que no se plantee ninguna discusión en cuanto al contenido de estos gastos, pues se entiende que abarcan tanto la educación obligatoria de los hijos menores como la formación de los hijos mayores universitarios, siempre que se acredite que están aprovechando sus estudios con buen rendimiento.

Sin embargo y dada la coyuntura económica de los últimos años, no puede obviarse que existen enormes dificultades financieras en buena parte de los hogares españoles, cuyos miembros han visto alteradas sus circunstancias económicas y laborales –reducciones o congelaciones de salarios, despidos, concursos de acreedores, etc.–, lo que ha llevado a una situación sumamente contradictoria: por un lado, ante la reducción de los ingresos, se tiende a limitar tanto la duración como el importe de los estudios que se pueden sufragar, lo que probablemente influirá también en la calidad de la educación; pero, por otro lado, frente a la ausencia de expectativas profesionales, la educación de los hijos tiende a prolongarse en el tiempo, incrementándose por tanto su coste, y no solo por la mayor duración de la formación, sino también por la falta de becas y ayudas provenientes del Estado y de sus administraciones públicas. Lo anterior conduce sin duda a un auténtico laberinto económico difícil de resolver, que se resume en que, pese a la menor capacidad económica de los padres, existe una mayor –y más costosa– necesidad de educación por parte de los hijos ante la enorme competencia profesional a la que se tendrán que enfrentar en un futuro no muy lejano.

En este ámbito, las diferencias entre el tratamiento jurídico de los alimentos de los hijos menores y los de los hijos mayores de edad quedan en muchas ocasiones diluidas, pues un estudiante, al cumplir los dieciocho años, normalmente deberá continuar con su formación, que además será más costosa que la del hijo menor, y su financiación será muy necesaria con vistas a que pueda alcanzar su independencia económica.

La delimitación cuantitativa vendrá configurada, en virtud del artículo 1362.1 del Código Civil, por los usos y circunstancias de la familia, criterios que se fijarán para cada caso concreto atendiendo a distintos supuestos, como que los estudios hayan de desarrollarse en un colegio público o en uno privado, o incluso en el extranjero.

Sin embargo, esta diferenciación cuantitativa no será de aplicación al hijo mayor de edad cuando no haya finalizado sus estudios por causas no imputables a él, pues el artículo 142.2 del Código Civil no marca el límite máximo del contenido de las cargas, sino el mínimo, que será superable siempre y cuando la educación e instrucción se acomoden a los usos y las circunstancias de la familia.

Es evidente, por tanto, que el tratamiento jurídico de los gastos de educación es el que más controversias va a generar en la práctica, pues constituye el desembolso más significativo, costoso y, probablemente, más prolongable en el tiempo; al comenzar a producirse, en ocasiones, desde los primeros meses de vida en la guardería, y dilatarse hasta bien avanzada la mayoría de edad con los estudios universitarios y de posgrado. Esto supone que, actualmente, a consecuencia de las dificultades económicas que atraviesan muchas familias, estos gastos puedan resultar inasumibles para buena parte de ellas.

La casuística es muy variada y, como ya hemos señalado, puede nacer incluso antes de que los hijos comiencen su formación obligatoria en la Educación Primaria. Esto ha provocado numerosas dificultades en el ámbito de los conflictos familiares derivadas precisamente de la estructura del sistema educativo español, que no introduce la educación obligatoria hasta los cuatro años de edad, lo que va en contra de la práctica habitual de las familias.

Y es que no podemos olvidar que las necesidades económicas son las que, en muchos casos, obligan a trabajar a ambos progenitores, circunstancia que se hace más acuciante después de la ruptura familiar, cuando los gastos se multiplican. Lo anterior unido a otros factores humanos —como lo positivo que es el contacto del pequeño con otros niños de su edad para favorecer su desarrollo— convierten en imprescindible el desembolso en educación desde pocos meses después del nacimiento del hijo, lo que resulta enormemente costoso al no estar financiado ni subvencionado este período educativo.

Por ello, consideramos que el gasto de guardería, incluso a pesar de no formar parte de la llamada educación gratuita obligatoria, debe computarse sin duda a efectos del cálculo de la pensión alimenticia, tal y como se ha puesto de manifiesto, entre otras, en la SAP Salamanca de 28 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/243308), la SAP Madrid de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/118662), la SAP Baleares de 1 de febrero de 2010 (EDJ 2010/38028) y la SAP Las Palmas de 23 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/20774). Esta última concluye que “dichos gastos carecen de las notas propias de los gastos extraordinarios, por ser de carácter periódico y previsible, por lo que a falta de pacto expreso de los progenitores, es un gasto ordinario, se cuantifica dentro de la pensión alimenticia”.

Algunos casos de jurisprudencia menor⁷⁹, sin embargo, han considerado que dichos gastos de educación podrían ser excluidos de los alimentos ordinarios, pues, dado el carácter gratuito tanto de la Educación Primaria como de la Educación Secundaria y no habiendo sido previsto este gasto ni en el convenio regulador ni en la sentencia, no parece que los gastos de la Educación Infantil puedan ser considerados una causa para elevar la cuantía de la pensión alimenticia ordinaria.

No podemos obviar que la Educación Infantil supone un gasto concreto que desaparecerá con el tiempo, cuando el menor acceda al siguiente ciclo escolar, salvo que los padres opten por un centro privado para que el hijo curse sus estudios.

En relación a los gastos de Educación Primaria y Secundaria no existe demasiada controversia, siendo la enseñanza en esta fase de la educación gratuita y obligatoria, salvo en lo relativo a aquellas actividades que no hubieran podido ser previstas y que se incluirían en la esfera de los gastos extraordinarios. Una situación similar nos encontramos cuando ambos progenitores acuerdan que la educación de sus hijos sea concertada o privada.

El problema surge cuando uno de los progenitores toma la decisión de que el hijo acuda a un colegio privado y pretende que su coste se incluya dentro de la pensión y que esta cubra, además, los posibles gastos extraordinarios que genere la estancia del menor en dicho centro.

⁷⁹ Algunas de las sentencias que consideran extraordinarios dichos gastos son la SAP Albacete de 11 de mayo de 2001 (EDJ 2001/27456) y la SAP Castellón de 28 de abril de 2003 (EDJ 2003/172582), que señalan “[...] el carácter extraordinario del gasto de guardería toda vez que la madre, por motivos laborales, no puede recoger a la hija a la salida del colegio, no siendo obstáculo para ello que en el convenio regulador, en el que con carácter casuístico se enumeraban tales gastos, no se contemplase expresamente el mismo, ya que al terminar dicha enumeración con un ‘etc.’ no se hizo con ánimo de *numerus clausus*”.

No podemos olvidar que las decisiones respecto al tipo de educación que seguirán los hijos –ya sea laica o religiosa, pública o privada– entran dentro de las funciones de la patria potestad y, por tanto, será necesario el consenso entre los progenitores para tomarlas; de lo contrario, conforme a lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, el juez atribuirá, sin posibilidad de ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.

Lo normal será que si se ha optado por que el hijo acuda a un colegio privado, al fijar la cuantía de la pensión alimenticia se tenga en cuenta esta circunstancia. No obstante, encontramos en la jurisprudencia supuestos en los que los tribunales han considerado que, si al fijarse la pensión alimenticia se presumía que el hijo acudiría a un colegio público donde la enseñanza es gratuita pero finalmente cursa sus estudios en un colegio privado, estamos en presencia de un gasto extraordinario que debe ser abonado por ambos progenitores, como puede observarse en los casos contenidos en la SAP Sevilla de 15 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/323137) y la SAP Madrid de 8 de junio de 2012 (EDJ 2012/135568), entre otras.

En estas sentencias se refleja perfectamente el tratamiento que la doctrina jurisprudencial viene dando a estos gastos de escolarización en centros privados: cuando estos gastos son pactados entre los progenitores antes de la ruptura matrimonial, se tiende a su manutención en el tiempo, en aras del interés más necesitado de protección del menor, que no debe verse perjudicado por la ruptura familiar. Así se recoge en la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se establece lo siguiente: “En dicho documento, se estipuló que don Jesús había de contribuir a la cobertura de las necesidades alimenticias del hijo con la suma de 300 euros al mes, con sus correspondientes actualizaciones anuales, a tenor de la variación que experimentase el IPC, a lo que se añadía el abono del 50 % de los gastos extraordinarios del alimentista. Igualmente se pactó que, en su momento, el menor acudiría a un centro escolar privado para recibir educación bilingüe, entendiéndose como gastos extraordinarios los derivados de transporte, comedor, material escolar, libros, excursiones y uniformes. En tal modo, fueron los hoy litigantes quienes, conocedores privilegiados de sus posibilidades económicas, determinaron libre y conscientemente el nivel de vida en el que había de mantenerse el común descendiente, por lo que no puede ahora prescindirse, por la sola circunstancia de la disolución del vínculo matrimonial, de lo entonces libremente pactado, en cuanto ello implicaría excluir, en forma no permitida,

lo prevenido en el artículo 1256 del Código Civil (EDL 1889/1). Declara al respecto el Tribunal Supremo que las partes pueden usar de su autonomía de voluntad al perfeccionar todo convenio, sin embargo este, una vez perfeccionado, limita aquella autonomía reduciendo su arbitrio a los términos, alcance y efectos convenidos (STS de 7 de enero de 1985)”.

Queda claro que la educación sigue siendo una cuestión que afecta a la patria potestad, que deberá ser elegida por acuerdo de ambos progenitores y que se incluirá en la pensión de alimentos por ser su coste previsible y periódico.

Sin embargo, es frecuente que al iniciarse la batalla judicial uno de los progenitores –normalmente el deudor de la pensión– muestre su disconformidad con estos gastos de educación que habían sido previamente aceptados por ambos; lo que supone que, en muchas ocasiones, juzgados y tribunales resuelvan la cuestión basándose en la teoría de los actos propios, en virtud de la cual se entiende que existe un consentimiento tácito a la asistencia del hijo a un colegio privado cuando durante todo el tiempo anterior al inicio del procedimiento judicial ha consentido esta situación y no ha mostrado disconformidad alguna con la misma.

La casuística conlleva múltiples resoluciones en un sentido u otro, siendo los acuerdos entre los padres y las circunstancias económicas familiares factores determinantes a la hora de determinar qué tipo de educación puede darse a los hijos, sin que ello sirva para negar la naturaleza ordinaria del gasto, tal y como se establece, entre otras sentencias, en la SAP A Coruña de 13 de junio de 2008 (EDJ 2008/186323): “Los gastos de escolaridad del menor no pueden conceptuarse como extraordinarios, y por tanto, están incluidos dentro de la pensión alimenticia pactada por los cónyuges”.

En los mismos términos se ha pronunciado unánimemente la mayoría de las audiencias provinciales al identificar los gastos de escolaridad como ordinarios. Sirvan como ejemplos la SAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/36452) o la SAP Murcia de 27 de julio de 2006 (EDJ 2006/115383); esta última recoge expresamente que “los gastos escolares no tienen la consideración de gastos extraordinarios”.

Sin embargo, en otros supuestos en los que el gasto del colegio privado no había quedado previsto en la sentencia o en los que el progenitor deudor de la pensión lo había admitido de forma tácita, se ha considerado como un gasto extraordinario asumible a partes iguales por ambos padres y que, por tanto, debe abonarse aparte de la

pensión alimenticia, tal y como se ha puesto de manifiesto en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2008 (EDJ 2008/62945) y en la más reciente SAP Almería de 9 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/206131), que afirman que “se considera como gasto extraordinario de educación la asistencia a un colegio privado, sin oposición del padre, y debe ser abonado de por mitad entre los progenitores, al presumirse que el incluido en la pensión alimenticia ordinaria es un colegio público gratuito”.

Respecto de la educación universitaria, como ya hemos sostenido en apartados anteriores, la separación de los progenitores no debe suponer ningún obstáculo o limitación para que los hijos, terminada la formación básica, puedan cursar estudios universitarios, si bien nos encontraremos ya con un cambio en el ámbito de la protección de la pensión alimenticia, al haber alcanzado los hijos la mayoría de edad.

La elección de una universidad pública o una privada va a suponer, sin duda, una de las decisiones con mayor repercusión en la determinación de la cuantía de la pensión, al tener la enseñanza universitaria privada un coste muy superior al de la pública. Las soluciones que se plantean en la práctica son muy similares a las aplicadas en el caso anterior, y poca discusión cabe cuando la ruptura se produce en el momento en que los hijos ya están cursando estudios universitarios, pues el convenio regulador o la sentencia judicial debieron contemplar esta situación para fijar la cuantía de la pensión alimenticia.

Mayores problemas surgen cuando, con el tiempo, el hijo finaliza la Educación Secundaria y debe iniciar los estudios universitarios, habiéndose fijado la pensión alimenticia con anterioridad y habiéndosele aplicado únicamente los cambios derivados de las actualizaciones anuales del IPC.

El acceso a la universidad pública con sede en la misma ciudad donde reside el hijo no parece repercutir excesivamente en sus necesidades económicas y, en estos casos, no debería producirse un incremento de los gastos de tal importancia que no pudiera atenderse con el importe de la pensión alimenticia. Ahora bien, algunas sentencias han considerado que esta circunstancia sirve de base para solicitar la modificación de medidas y pedir un aumento de la pensión alimenticia.

No podemos olvidar que existen gastos vinculados a la formación universitaria que podrían escapar del ámbito ordinario de los alimentos como consecuencia de su elevado coste; aunque una vez más nos encontramos con que los juzgados de instancia

tienden a analizar cada caso de forma particular, al no existir un criterio uniforme en la doctrina de las audiencias provinciales al respecto. Si bien, por regla general, tienden a mantener dichos gastos de formación universitaria dentro de la pensión alimenticia ordinaria. Así, los gastos de la matrícula en la universidad han de incluirse dentro del concepto de gastos ordinarios de enseñanza, como se pone de manifiesto en la SAP Asturias de 27 de octubre de 2015 (EDJ 2015/220477), que indica que “no son gastos extraordinarios los que se inviertan en libros y en matrícula de la hija al estar incluidos en la pensión alimenticia. Los gastos universitarios están incluidos dentro de la pensión alimenticia ordinaria”.

Sin embargo, en algún caso se ha entendido su carácter extraordinario aun cuando solo sea porque no todos los hijos realizan estudios superiores, lo que unido al elevado coste de los mismos hace que excedan del concepto ordinario de gastos de formación. Así se puso de manifiesto en el AAP Barcelona de 31 de enero de 2012 (EDJ 2012/23073). También puede darse el caso, como ha sucedido en otras sentencias, de que, reconociendo que estos gastos deben incluirse dentro de la pensión alimenticia, se acuerde el incremento automático de la pensión cuando los hijos ingresen en la universidad, tal y como resuelve la SAP Madrid de 11 de marzo de 2008 (EDJ 2008/80172).

Por el contrario, cuando el acceso a la universidad pública se produce en una ciudad distinta a aquella en la que reside el hijo, con el consiguiente traslado de este, surgen una serie de gastos que antes no existían –alojamiento en régimen de alquiler o en una residencia universitaria, desplazamientos a la ciudad donde está la vivienda familiar, alimentación fuera del hogar– lo que, en no pocas ocasiones, si el otro progenitor no da su consentimiento para el abono de estos gastos, va a suponer el ejercicio de la acción de modificación de medidas, con el fin de adaptar la pensión alimenticia a las nuevas necesidades del hijo en función de la capacidad de los padres.

Huelga decir que el acceso a una universidad privada es una decisión que tiene que ser objeto de consenso dado su coste; especialmente si dichos estudios van a desarrollarse en otra ciudad o en el extranjero. No cabe duda de que dicho gasto deberá decidirse antes de que el hijo comience los estudios universitarios, ya que difícilmente se puede obligar al progenitor a asumir un gasto de educación de tan enorme importancia, que puede incrementar considerablemente la cuantía de la pensión, sin que haya habido un acuerdo sobre el mismo, pues supondría su indefensión más absoluta.

Una vez más, nos encontramos con que, en caso de desacuerdo, se podrá instar la correspondiente demanda de modificación de medidas, o reclamarlos como gastos extraordinarios, tal y como se ha puesto de manifiesto en resoluciones como la del AAP Barcelona de 24 de abril de 2012 (EDJ 2012/104345), que establece que “procede la reclamación al padre del 50 % de los gastos de estancia del hijo mayor de edad en una universidad privada de otra ciudad distinta, atendiendo al nivel cultural de ambos cónyuges, su capacidad económica, y a lo pactado por los mismos en el convenio en cuanto a la consideración de gastos extraordinarios”.

Es indudable que los gastos vinculados a los estudios universitarios son perfectamente previsibles y deben cubrirse con la pensión alimenticia ordinaria, tal y como se recoge en la SAP Ciudad Real de 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/374970), cuando afirma que “los estudios realizados por la hija en el extranjero no son autónomos ni independientes respecto del programa que desarrolla en España y por ello no se consideran gastos extraordinarios”.

La más reciente SAP Alicante de 10 de febrero de 2011 (EDJ 2011/48194) no entra a valorar el carácter ordinario de los gastos, pues lo da por hecho, sino que se detiene en si, atendiendo a las circunstancias familiares, dicho gasto debe abonarse, y establece que “la mayoría de edad de un hijo no es causa de extinción de la pensión de alimentos si persiste la convivencia con uno de los cónyuges y la situación de necesidad. Uno de los supuestos más frecuentes es la realización de estudios universitarios y la Sala ha declarado reiteradamente que el hecho de que se cursen fuera de la localidad de residencia de dicho cónyuge no afecta a los presupuestos del artículo 93.2 del Código Civil (EDL 1889/1), pues estas circunstancias transitorias no van en detrimento de la unidad de la economía familiar que constituye el fundamento último del precepto (por todas, sentencia de 9 de febrero de 2000). Por último, el hecho de que se trate de una universidad extranjera tampoco es relevante, y no hay que entrar siquiera en los motivos o consecuencias de la decisión del hijo de trasladarse allí, ya que no se ha pretendido que por ello se incremente la pensión, sino que solo se discute si procede mantenerla o no”.

En sentido contrario se pronuncia la SAP Las Palmas de 14 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/273996) cuando acuerda la reducción de la pensión alimenticia ajustándola a la capacidad de los progenitores, instando al hijo a que acuda a otras fuentes económicas para sufragar los estudios, cuyo coste no puede ser asumido por

aquellos. Así, concluye lo siguiente: “Por ello, con los datos obrantes a nuestro alcance, es evidente que la situación financiera de los progenitores no permite el costo de los estudios en el extranjero del hijo, que podrá sin duda seguir cursando si acopia recursos propios o becas y subvenciones públicas. Por todo ello, la pensión de alimentos ha de reducirse a la cuantía de 200 euros mensuales, que es acomodada a los ingresos del progenitor apelante”.

a) Material escolar

Independientemente del tipo de enseñanza elegida por los progenitores, para realizar sus estudios los hijos necesitarán material escolar, y la mayoría de resoluciones judiciales entiende que se trata de un gasto conocido y previsible que debe ser atendido con el importe que mensualmente abona el progenitor no custodio en concepto de pensión alimenticia.

El fundamento jurídico que sustenta esta idea se halla en que el aumento de gastos a que hace frente el progenitor custodio al inicio del curso escolar se compensa con el descenso de gastos de los períodos de estancia de los hijos con el otro progenitor durante las vacaciones. De esta manera, la pensión alimenticia se seguirá abonando aunque los hijos estén conviviendo con el progenitor deudor, y en este sentido se viene pronunciando la mayor parte de la jurisprudencia desde hace varios años con sentencias que afirman que “el material escolar y los libros deben ser cubiertos con la pensión alimenticia ordinaria que abona el padre”. En este sentido, podríamos citar, entre otras, la SAP Barcelona de 16 de mayo de 2007 (EDJ 2007/120011) y la SAP Guipúzcoa de 8 de julio de 2009 (EDJ 2009/285195). La SAP Tarragona de 20 de octubre de 2007 (EDJ 2007/306565) considera que “la compra de libros escolares o de estudio, las compras efectuadas a una editorial o las cuotas de una escuela deportiva no tienen el carácter de gasto extraordinario, se integran normalmente dentro de la prestación alimenticia mensual, al ser fácilmente previsibles y evaluables, sin perjuicio del carácter puntual de algunos de los mismos”.

La jurisprudencia más reciente tiende, cada vez más, a delimitar los gastos que pueden establecerse fuera de la pensión ordinaria, utilizando los criterios de previsibilidad, necesidad y urgencia para evaluar si se trata de gastos ordinarios o extraordinarios. Especialmente gráficas son la SAP Huelva de 27 de febrero de 2014 (EDJ 2014/83720) y la SAP Asturias de 27 de octubre de 2015 (EDJ 2015/220477), que

afirman que “han sido rechazados por encontrarse dentro de la pensión alimenticia [...] los gastos de papelería, material escolar, [...] gastos de uniforme escolar y seguro escolar del mismo año, clases de aeróbic”. Igualmente afirman que los gastos de matrícula y material escolar no tendrán la consideración de gastos extraordinarios, “siempre y cuando correspondan al desembolso corriente a realizar en el mes de septiembre/octubre (fecha de comienzo del curso escolar/académico). No obstante, si a lo largo de dicho curso fuera necesario realizar un gasto extra de matrícula o material escolar, este tendrá la consideración de gasto necesario, rigiéndose de acuerdo a lo establecido en los párrafos anteriores”.

Además incluye y hace extensivos a la pensión de alimentos ordinarios gastos tan dudosos como los del psicólogo o los del comedor en un campamento escolar al afirmar que “los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios incluidos en el concepto legal de alimentos. [...] en numerosas ocasiones, se ha pronunciado acerca de los gastos escolares o universitarios señalando que los mismos no se consideran un gasto extraordinario, sino que se encuentran comprendidos en el concepto de alimentos, en tanto que son perfectamente previsibles, y forman parte de las necesidades educativas del menor, elemento esencial de la obligación de prestar alimentos, ya que serían extraordinarios si fueran presentados de manera esporádica, o cuando se reitere su frecuencia o presentación pero resulten imprevisibles”.

Sin embargo, alguna sentencia reciente, atendiendo a lo pactado entre las partes, ha considerado como extraordinario el material escolar que se compra a principio del curso por entenderse que supone un fuerte desembolso económico que no podría cubrirse con la pensión ordinaria; si bien, insistimos, dicho gasto deberá ser pactado por las partes. Es el caso de la SAP Madrid de 1 de marzo de 2016 (EDJ 2016/55321), que afirma que “los gastos extraordinarios que se produzcan, a título de ejemplo y no limitativo: clases particulares, actividades extraescolares, compra de libros de texto y material escolar al inicio de cada curso, gastos médicos o sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, viajes escolares o de fin de curso, etc., serán atendidos por ambos progenitores al 50 %. Estos gastos requerirán para su adopción el consentimiento previo de ambos cónyuges, que se considerará prestado si el progenitor consultado no contesta en un plazo de cinco días naturales desde su comunicación”.

Sin embargo, la STS sala 1ª de 21 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/157700) dicta que estos gastos escolares deben considerarse incluidos en la pensión alimenticia

ordinaria, al establecer que “el Tribunal Supremo, reiterando su doctrina, considera que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son necesarios para la educación de los hijos e incluidos por tanto en el concepto legal de alimentos”.

Además de los del centro escolar, ya sea de enseñanza primaria o secundaria, hoy en día hay que tener en cuenta otros gastos, pues es muy común que los hijos asistan a cursos complementarios para perfeccionar materias o ampliar sus conocimientos, como las clases de idiomas, de música, de pintura o de deporte, tanto particulares como en grupo. En la mayoría de los casos, los padres pretenden que sus hijos adquieran una formación integral que vaya más allá de la educación que reciben en el colegio, por lo que es habitual que los progenitores pacten en el convenio regulador tanto la procedencia de estos gastos como la proporción en que serán abonados por cada uno de ellos.

También en este caso la problemática surge fuera del pacto entre progenitores; bien cuando no hay un convenio o bien cuando, a pesar de existir, no se pactó nada con respecto a este tipo de gastos. Una vez más, debemos insistir en lo poco viable que resulta incluirlos dentro de la pensión alimenticia por tratarse de gastos no siempre necesarios, lo que supone que, a la hora de establecerse, deban valorarse más que nunca las posibilidades económicas de los progenitores, así como la presencia de actos concluyentes que evidencien el consentimiento tácito del progenitor deudor.

Como regla general, este tipo de gastos debe ser excluido de la pensión ordinaria. Así se ha pronunciado de forma unánime la jurisprudencia menor en sentencias como la SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de junio de 2012 (EDJ 2012/242944) y la SAP Barcelona de 11 de febrero de 2016 (EDJ 2016/30016): “Son gastos extraordinarios de carácter educativo las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento escolar, el pago de las mensualidades de colegios privados y, en general, los no cubiertos por el sistema de educación pública”.

b) Gastos vinculados a la educación

Junto a estos gastos de enseñanza y material suele generarse otro tipo de gastos colaterales a los mismos que también es fuente de discusión entre los progenitores, como son los gastos de comedor, transporte escolar, AMPA, etc. Sin embargo, en este

caso, la jurisprudencia sí suele incluirlos dentro de la pensión alimenticia, tal y como se recoge en las siguientes resoluciones: la SAP Pontevedra de 8 de marzo de 2013 (EDJ 2013/49321) indica que “los gastos de comedor escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios”; la SAP Madrid de 14 de julio de 2015 (EDJ 2015/142971) reconoce que “la pensión se minora en atención a las necesidades de las menores y la capacidad económica del progenitor obligado a su pago, incluyéndose en el concepto de alimentos todo lo relativo a la escolarización, alimentación, vestido, ocio y medicina que no sea extraordinario”, y la SAP Toledo de 8 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/217552) indica que “son, finalmente, gastos ordinarios incluidos en la pensión alimenticia destinada a cubrir necesidades comunes los de vestido, educación (recibos expedidos por el centro escolar no privado, seguros escolares, asociación de padres de alumnos), ocio, excursiones escolares, uniformes, libros, aula matinal, material docente, transporte y comedor, en su caso”.

5. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES Y MAYORES DE EDAD Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA

5.1. Cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad

En lo que se refiere a la pensión de alimentos, desde un punto de vista práctico, tanto la legislación como la jurisprudencia van a diferenciar la obligación de los progenitores con respecto a los hijos en virtud de que estos sean mayores o menores de edad.

La obligación de alimentos del hijo menor de edad trasciende las relaciones privadas y tiene una naturaleza de orden público, pudiendo el juez, de oficio, tanto fijarla como actualizarla, como consecuencia de la estrecha relación entre el acreedor de la prestación y su deudor. Esto supondrá, además, que las pensiones vencidas y no satisfechas no puedan transmitirse ni ser objeto de condonación ni compensación, como ya analizamos en apartados anteriores.

La jurisprudencia⁸⁰, de forma unánime, sostiene que el artículo 93 del Código Civil hace referencia a los alimentos debidos a los hijos en función de la existencia de una relación paternofilial, y consecuencia de la patria potestad, incluso aunque el alimentante se vea privado de ella, constituyendo uno de los deberes fundamentales derivados de la misma.

⁸⁰ La jurisprudencia ha recordado que el nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En este sentido, se expresa el artículo 154 del Código Civil (EDL 1889/1) cuando señala que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad, añade, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; así como representarlos y administrar sus bienes. Es decir, que el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, la STS sala 1ª de 9 de julio de 2002 (EDJ 2002/26085) proclama que “viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (STS de 9 de septiembre de 1960 y STS de 8 de abril de 1975)”.

En este apartado, debemos mencionar otras sentencias más recientes, como la SAP Madrid de 2 de octubre de 2015 (EDJ 2015/193778), la SAP Castellón de 30 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/265543), la SAP Sevilla de 31 de julio de 2014 (EDJ 2014/203915), la SAP Jaén de 13 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/300581) y la SAP Málaga de 5 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/358088).

De esta manera, cuando se produce la separación o el divorcio de los padres, esta obligación sigue existiendo al margen de las relaciones entre los progenitores, de modo que es en el caso de la pensión de los hijos menores donde mejor se observan las diferencias entre esta y las cargas matrimoniales.

Mientras que la contribución a las cargas del matrimonio a que se refiere el artículo 103 del Código Civil tiene un alcance provisional, hasta que se dicte la sentencia en juicio de separación o divorcio, y se refiere únicamente a los hijos sujetos a la patria potestad, los alimentos de los hijos reconocidos en los artículos 92 y 93 del Código Civil pueden extenderse a los hijos mayores que no sean independientes económicamente, tal como se pone de manifiesto en la pacífica jurisprudencia⁸¹.

⁸¹ Tradicionalmente, la doctrina ha venido reconociendo que el hecho de alcanzar la mayoría de edad no determinaba la causa del cese de ese derecho; más bien al contrario, la experiencia enseña que los hijos, pese a alcanzar la mayoría de edad, siguen necesitando vivir en el domicilio familiar y recibir alimentos de sus progenitores. Esto supone que los hijos mayores siguen estando necesitados de protección, normalmente hasta que terminen sus estudios y alcancen la independencia económica o tengan medios suficientes para subsistir, o, si no finalizan sus estudios con aprovechamiento, hasta que se incorporen al mundo laboral o estén en disposición de trabajar y puedan hacerlo. Sin embargo, la STS sala 1ª de 10 de febrero de 2006 (EDJ 2006/6319) supuso un cambio de concepción, ya que considera que, cuando ni el convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial ni la sentencia que decretó la separación fijan ningún límite temporal al derecho de uso de la vivienda, “en razón de existir dos hijas menores, dicho derecho de uso reconocido lo era con el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad de las hijas, y así lo reconocen los demandados-reconvinientes al solicitar en el suplico de su demanda reconvencional que se realizase la subasta, caso de que esta se acordase, una vez cumplida la mayoría de edad de las hijas menores del matrimonio”.

Lo cierto es que, en este caso, el Tribunal Supremo está limitando en cierta medida los derechos que se derivan de la separación y el divorcio para los hijos una vez que estos adquieren la mayoría de edad y, por tanto, plena capacidad jurídica. Así, el alto tribunal, mediante la STS sala 1ª de 30 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/226238) y la STS sala 1ª de 30 de marzo de 2012 (EDJ 2012/59909), considera que, por aplicación automática del artículo 96 del Código Civil, salvo que exista acuerdo en contra de ambos progenitores o situaciones muy excepcionales, el uso de vivienda y ajuar se atribuye a los hijos menores de edad y al cónyuge que tenga su guarda y custodia o con quien convivan más tiempo. Pero esa atribución automática y sin posibilidad de limitación inicialmente se mantiene solo hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad. A partir de ese momento, el otro progenitor puede solicitar que se revise esa atribución, pero siempre a la luz del principio del “interés familiar más necesitado de protección”, y que se limite dicho uso en caso de atribuirse nuevamente a la parte contraria, como han dictado la SAP Madrid de 13 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/184253) y la SAP Alicante de 22 de julio de 2013 (EDJ 2013/157817).

En esta misma línea, la STS sala 1ª de 11 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/225904) señala que, alcanzada la mayoría de edad por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda, los cónyuges quedan en igualdad ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta no ya el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de la guarda y custodia, sino el interés de superior protección que se justifique a partir de entonces, y por un tiempo determinado.

Siguiendo lo sentado por la STS sala 1ª de 5 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/226238), definidora de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar en caso de inexistencia de hijos menores, han de distinguirse los párrafos del artículo 96 del Código Civil, el primero de los cuales atribuye el uso de la vivienda a los hijos, como concreción del principio *favor filii*; pero cuando estos sean mayores de edad regirán otras reglas. Esta misma doctrina es recogida por la SAP Cáceres de 11 de julio de 2013 (EDJ 2013/148140).

Además, quien administra la prestación alimenticia de los hijos menores es el progenitor custodio y no el hijo —en virtud de la resolución judicial que le otorga la custodia de la prole en una situación de crisis matrimonial o familiar—, y es, a su vez, el encargado de gestionar lo que queda de la unidad familiar y de hacer frente a esos derechos y deberes que constituyen las cargas del matrimonio; precisando para ello encontrarse legitimado jurídicamente para obtener la colaboración del cónyuge y para exigir ese deber contributivo del otro progenitor aunque los beneficiarios sean los hijos.

Y es que, tal y como está configurada la pensión de alimentos⁸², el hijo no puede recibir, administrar y disponer a su antojo de la pensión alimenticia, que deberá ser entregada al progenitor encargado de su custodia, que será el que la administre en el nuevo marco familiar generado por la ruptura matrimonial.

En el mismo sentido, son los esposos o miembros de la pareja, en cuanto principales perjudicados por la crisis matrimonial o de pareja, los que están legitimados,

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda adjudicado al hijo menor, en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los hijos mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad, debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse —por expresa remisión legal— conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas: bien incluyendo, al cuantificar la pensión, la cantidad indispensable para habitación, o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ello.

⁸² La STS sala 1ª de 21 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/307699) y la STS sala 1ª de 12 de julio de 2014 (EDJ 2014/138268) reconocen la legitimación de la madre para reclamar alimentos en favor del hijo, siendo este mayor de edad. La sala considera aplicable al caso la reforma del artículo 93 del Código Civil, introducida por la Ley 11/1990, de 15 octubre, y declara la legitimación de la madre. Sostiene la sentencia que el artículo 93 no debe quedar circunscrito a la obligación alimenticia, sino que debe ser interpretado en relación con el contexto más amplio de las cargas familiares, ya que es una norma que no regula una obligación puramente alimenticia, como los artículos 142 y siguientes del Código Civil, sino que está prevista para una situación de anormalidad representada por la crisis matrimonial. Al ser este progenitor el encargado de la custodia de la prole y del mantenimiento de lo que queda de la unidad familiar, haciendo frente a los derechos y deberes inherentes a tal situación, él es el legitimado para exigir del otro cónyuge la colaboración precisa, aunque sea en beneficio de los hijos. Prueba de ello es que el hijo no puede recibir y gestionar esta pensión a su antojo, sino que esta es entregada al progenitor custodio, que es el que dispone y administra tal pensión para hacer frente a las cargas familiares.

La SAP A Coruña de 16 de junio de 2016 (EDJ 2016/134945) interpreta en esta misma línea el artículo 93.2 del Código Civil, declarando que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente.

activa y pasivamente, para ejercer ante los tribunales cuantas acciones consideren convenientes, dentro de los cauces procesales previstos por nuestro ordenamiento jurídico para la regulación de sus efectos; estando asimismo legitimados para, en nombre del menor, ejercitar las acciones que fueran precisas en su beneficio, así como para ostentar, también en nombre del menor, su legitimación pasiva frente a las pretensiones ejercidas de contrario que puedan menoscabar los intereses del hijo.

Todo ello tiene su fundamento en que la pensión de alimentos –especialmente la de los hijos menores– es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico y cuya protección alcanza rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española; siendo pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia –desde la aprobación de la Constitución Española en 1978–, la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales en cuanto al deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, superando incluso lo previsto en el artículo 142 del Código Civil, que contempla no solo “lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, sino también, al menos mientras el beneficiario sea menor de edad, lo necesario para “la educación e instrucción del alimentista”.

La pensión alimenticia habrá de establecerse de acuerdo con las posibilidades económicas del que tiene que prestarla y las necesidades de quien debe recibirla, por lo que a los tribunales corresponde armonizar los derechos y necesidades del menor con los intereses y exigencias naturales de sus progenitores; máxime teniendo en cuenta que en esta materia rige, además, el criterio de proporcionalidad entre necesidades del hijo y posibilidades del obligado, y también la proporcionalidad entre los distintos obligados al pago, es decir, el padre y la madre, de acuerdo con lo que disponen los artículos 145 y 146 del Código Civil.

La SAP Madrid de 17 de septiembre de 2001 (EDJ 2001/44154)⁸³ reflejó con enorme claridad que los padres han de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio durante su minoría de edad, considerándose el interés más digno de protección el del menor. Así, afirma que “los tribunales deben

⁸³ En similares términos se pronuncian la SAP Madrid de 6 de julio de 2001 (EDJ 2001/84346), la SAP Madrid de 4 de julio de 2001 (EDJ 2001/45168), la SAP Madrid de 18 de julio de 2001 (EDJ 2001/44194), la SAP Madrid de 6 de febrero de 2002 (EDJ 2002/24929), la SAP Madrid de 8 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/68239), la SAP Madrid de 4 de diciembre de 2002 (EDJ 2002/68234), la SAP Madrid de 19 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/320158), la SAP Madrid de 2 de marzo 2010 (EDJ 2010/67722) y la SAP Madrid de 20 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/227608). Posteriormente fue asumida pacíficamente por todas las audiencias provinciales, como demuestran la SAP Alicante de 10 de abril de 2012 (EDJ 2012/17995) y la SAP Barcelona de 26 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/218824).

garantizar que el interés preponderante de los hijos no puede quedar condicionado a algo tan vago como la superación personal de problemas que afecten al alimentante, pues ello sería tanto como dejar la puerta abierta a un perpetuo incumplimiento por parte del mismo, en base a la no superación de esos problemas, no pudiendo suponer en modo alguno la separación o la ruptura del vínculo matrimonial la pérdida de la relación de filiación, que, a tenor de lo normado en los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a estos de prestarlos en los casos en que así proceda”.

Debe ser, por tanto, el nacimiento y la determinación de la cuantía de los alimentos proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil, siendo obligación del juzgador de instancia estar informado sobre toda la normativa legal de las medidas relativas a los hijos, debiendo seguir siempre, a la hora de dictar la resolución, el criterio fundamental del *favor filii*.

Así lo ha manifestado la sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de enero de 2014 (EDJ 2014/3028), en el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil, al afirmar que “corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación”.

La STS sala 1ª de 19 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/200389) mantiene el criterio del *favor filii* del menor, si bien deberá adaptarse en la medida de lo posible a la situación personal y económica de los progenitores. En este sentido, sostiene que “es esencial que el sistema que se establezca no pierda de vista el interés del menor, de forma que no dificulte su relación con cada uno de los progenitores. Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc. Para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro

subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación”.

Este ámbito de protección de los hijos como interés supremo ha llegado en nuestro ordenamiento a tales extremos que, en ocasiones, las sentencias de ciertos juzgados y tribunales han rozado la vulneración de los principios jurídicos y procesales básicos de nuestra legislación.

Como prueba de esta afirmación, debemos reseñar cómo tuvo que ser corregida por el Tribunal Supremo, en su STS sala 1ª de 8 de junio de 2012 (EDJ 2012/116922), una situación que, sin duda, vulneraba la más mínima seguridad jurídica de nuestro ordenamiento, pues se obligaba a pagar alimentos a un padre que solicitaba que se le eximiera del pago de la pensión de alimentos de sus hijas no biológicas –aunque sí figuraban como suyas registralmente–, porque se había declarado caducada la acción de impugnación de la paternidad, lo que sin duda constituye una grave disfunción de nuestro ordenamiento jurídico, al mantenerse alimentos a cargo de quien no es el padre, “cuando por razones de procedimiento no haya podido destruirse la filiación, lo que sin duda constituye un más que evidente enriquecimiento injusto o sin causa, en detrimento de la contraparte; y es que la protección de los hijos no puede llevar a la humillación personal de tener que asumir las obligaciones como padre cuando se tiene la certeza de que no lo es”.

5.2. Criterios de cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos

A continuación, analizaremos los dos criterios principales que han de ser estudiados a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia: el tipo de custodia y la proporcionalidad entre el caudal de los progenitores y las necesidades de los hijos.

5.2.1. Por el tipo de custodia

Tras la ruptura, los progenitores deben saber que están obligados a satisfacer alimentos a los hijos, lo que supone que, a pesar de lo indicado en el artículo 93 del Código Civil, no solo deben tomar en consideración la aportación monetaria, sino que también deben valorar el hecho de tenerlos en su compañía como gastos materiales que deben cubrir con su caudal.

La cuestión es pacífica con respecto a las contribuciones de uno y otro progenitor, que se establecen no solo en proporción a sus caudales respectivos, sino también en función de las necesidades de los descendientes, las cuales están en relación con el medio socioeconómico familiar, si bien deberán analizarse las circunstancias concretas de cada caso.

En la actualidad, existe entre los jueces de familia una clara tendencia a dictar que los menores pasen el mismo tiempo con ambos progenitores, equiparando las estancias de los hijos con uno y otro. Esto tendrá incidencia directa en la fijación del importe de la pensión alimenticia, lo que se considera que supondría superar la rigidez del artículo 96.1 del Código Civil, siempre que se encuentre garantizado el derecho de habitación del menor.

Es más, cierta jurisprudencia considera que la posibilidad de fijar la custodia compartida como régimen preferencial sería un elemento reductor de la tensión familiar, y tendría una finalidad reequilibradora, ya que, en caso de ingresos parejos, ambos asumirían los gastos ordinarios del hijo cuando estuviera en su compañía, afrontando los extraordinarios, incluidas la educación y la atención sanitaria, a medias.

En este sentido se han pronunciado algunas sentencias, como la SAP Castellón de 27 de junio de 2013 (EDJ 2013/157901) y la SAP Murcia de 5 de junio de 2014 (EDJ 2014/101833), que dan por sentado que la custodia compartida no altera la obligación de los padres de participar en el mantenimiento de sus hijos en proporción a sus posibilidades económicas, tal y como se establece en los artículos 145 y 146 del Código Civil.

Así, buena parte de la jurisprudencia considera que el tipo de custodia no tiene por qué ser un condicionamiento para la fijación de la pensión de alimentos; de tal manera que el establecimiento de la custodia compartida no supone la imposibilidad de establecer una pensión de alimentos para los hijos menores que deberá ser administrada “por uno de los progenitores en peor situación económica, con la finalidad de atender las necesidades de aquellos durante el período de tiempo que se encuentren en su compañía”⁸⁴.

⁸⁴ Así se ha pronunciado, entre otras, la SAP Baleares de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/7628), que “[...] deja sin efecto la pensión de alimentos a cargo del recurrente y cada progenitor viene obligado a atender las necesidades de los hijos en cuanto estén en su compañía y, respecto de los gastos comunes, deben ser satisfechos a partes iguales, al igual que los gastos extraordinarios. Habida cuenta de la drástica reducción

Sin embargo, al no existir en el Código Civil una regulación expresa de la custodia compartida, nos encontramos con que, en la mayor parte de los casos, se sigue resolviendo a favor de la custodia de uno de los progenitores, lo que conlleva la determinación de la contribución de cada progenitor a la satisfacción de los alimentos de los hijos; siendo el titular de la custodia el que percibe y administra las pensiones abonadas por el no custodio, tal y como se desprende del tenor del citado artículo 93 del Código Civil.

5.2.2. Proporcionalidad entre el caudal de los padres y las necesidades de los hijos

La cuantía de la pensión de alimentos, tal y como señala el artículo 146 del Código Civil, debe ajustarse a las posibilidades económicas del obligado a prestarla y a las necesidades de los descendientes, todo ello sin perjuicio de las circunstancias concretas de cada caso.

Sin embargo, la determinación de la proporcionalidad del artículo 146 no se entiende como una relación aritmética exacta entre lo estrictamente acreditado en el activo y en el pasivo, sino que se fija haciendo una interpretación de los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil.

El legislador, en su intención de establecer un principio de proporcionalidad entre la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentista, no se ha limitado a tomar en consideración los ingresos, el caudal o la liquidez de la que, en un momento dado, disfruta el progenitor, sino también la totalidad de medios y recursos económicos con los que cuenta.

de los ingresos del actor desde la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio en la que se le impuso, pese a la guarda y custodia compartida, una pensión de alimentos a favor de sus hijos, concurre una alteración sustancial de las circunstancias, en consecuencia procede extinguir la pensión de alimentos a favor de los hijos”.

En los mismos términos, resuelve la SAP Murcia de 22 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/304300), que “considera adecuada [...] la atribución de la custodia compartida de la hija menor, así como la pensión de alimentos fijada a su favor y la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y a la niña en interés de la misma”.

Igualmente, la SAP Zaragoza de 29 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/286520) y la SAP Sevilla de 15 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/297431) “estima[n] adecuado, ajustado y ponderado un sistema de guarda y custodia compartida en la forma recogida en la resolución [...]. La Sala sí estima fijar una pensión de alimentos al entender que las correspondientes prestaciones directas de los progenitores y la ineludible obligación de estos últimos de atender las necesidades de su hijo derivadas de la relación paternofilial, a las que deben hacer frente a pesar de que ello les pueda ocasionar un importante esfuerzo económico, son consecuencia de la más elemental exigencia de responsabilidad hacia el menor, al que en ningún caso se debe dejar desprotegido”.

En esta línea se pronuncia la mayor parte de la jurisprudencia, entre otras, la SAP Cádiz de 10 de mayo de 2002 (EDJ 2002/30375), la SAP Barcelona de 19 de junio de 2002 (EDJ 2002/60353), la SAP Madrid de 19 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/320158), la SAP Madrid de 2 de marzo de 2010 (EDJ 2010/67722), la SAP Madrid de 29 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/327449), la SAP Baleares de 22 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/325897), la SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/320438), la SAP Barcelona de 7 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/315577) y la SAP Madrid de 13 de octubre de 2011 (EDJ 2011/249994), que reconocen la proporcionalidad entre caudal, medios y necesidades para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimonial al indicar que “deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil (EDL 1889/1), la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe; implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro, cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas. [...] Conforme a dicho precepto, los desembolsos precisos para el digno sustento de estos hijos no resultan por ningún motivo inferiores o superiores a los de cualquier persona de sus mismas edades; entendemos que los gastos mensuales medios justifican dicho aporte, que comprende lo preciso para el alojamiento, suministros y otros diversos de mantenimiento del hogar a su prorrata y en promedio, en función del número de moradores, así como los propios de alimentación, calzado, ocio, vestido, médico-farmacéuticos, instrucción y educación, etc.”.

Por tanto, la proporcionalidad de la pensión alimenticia debe ser valorada por el tribunal, que es el que, en último término, tiene la facultad de determinar la cuantía, siguiendo toda la doctrina de las audiencias sintetizada en la STS sala 1ª de 26 de octubre de 2011 (EDJ 2011/253606).

No existiendo discusión alguna en relación al ámbito de protección de las pensiones alimenticias de los hijos, se tiende a protegerlas al máximo, incluso en las situaciones más extremas.

Ahora bien, en aras de la proporcionalidad invocada, consideramos una cuestión enormemente controvertida que dicha obligación se extienda a aquellas situaciones en las cuales el progenitor obligado al pago de las pensiones se encuentre acuciado por problemas económicos, y cuyos medios materiales se hayan reducido hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades.

La situación también debe ser analizada desde la perspectiva del hijo menor, cuando se plantea cuál es el límite mínimo en virtud del cual no pueden cubrirse sus necesidades más básicas.

Estas situaciones, que representan las dos caras de una misma moneda, han sido objeto de continua discusión en los procedimientos relativos a la fijación de pensiones alimenticias, casuística que ha supuesto que la jurisprudencia haya creado toda una doctrina en torno al denominado “mínimo vital”.

La discusión sobre qué límites mínimos debe tener la cuantía de la pensión de alimentos se ha incrementado en los últimos tiempos de forma considerable, como consecuencia de la crisis económica, que ha provocado una reducción de los ingresos en buena parte de los hogares españoles, lo que sin duda ha contribuido a reavivar las controversias judiciales en materia de fijación de pensiones⁸⁵.

Y es que, en los últimos años, se ha instaurado en nuestra doctrina la discusión acerca de si, en estos casos, los padres deben fijar una pensión mínima que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y el cuidado de los hijos en situación de dependencia económica, y admitir solo con carácter muy excepcional, y con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación. Pues,

⁸⁵ Según una información publicada en el diario *El Mundo* el pasado 26 de mayo de 2015, el número de familias que viven en el umbral de la pobreza ha crecido: “Lo dice el Instituto Nacional de Estadística que [...] ha publicado su Encuesta de Condiciones de Vida de 2014. Teniendo en cuenta los ingresos de 2013, el informe advierte de que la tasa de pobreza se sitúa ya en el 22,2 % de la población residente en España, frente al 20,4 % registrado el año anterior. Es decir, uno de cada cinco españoles vive por debajo del umbral de la pobreza. El porcentaje fue del 20,8 % en 2012. La encuesta también señala que, durante el año pasado, el ingreso medio anual neto por hogar se situó en 26.154 euros, con una disminución del 2,3 % respecto al año anterior y que el umbral de riesgo de pobreza para los hogares de una persona se situó en 7.961 euros, un 1,9 % menos que el año anterior. En los hogares formados por dos adultos y dos menores de 14 años dicho umbral fue de 16.719 euros. El mayor porcentaje de pobreza se da, según la encuesta, entre los menores de 16 años (29,6 %) y, además, ha aumentado respecto al año anterior (3,4 puntos). Es la población mayor de 65 años –que en mayor proporción es propietaria de su vivienda– la que presenta el menor porcentaje de riesgo de pobreza, habiendo disminuido en su caso en 1,3 puntos. Hasta el 16,1 % de los hogares españoles manifestó llegar a fin de mes con “muchacha dificultad”, el 42 % de los hogares “no tiene capacidad para afrontar gastos imprevistos” –frente al 41 % del año anterior– y el 45 % de los hogares tenía retrasos en los pagos a la hora de abonar gastos relacionados con la vivienda principal”.

como se deduce del artículo 93 del Código Civil, la contribución a los alimentos se deberá determinar “en todo caso” en base al principio de proporcionalidad, y cumpliendo con el deber de prestar asistencia a los hijos menores de edad, fundamentado en el artículo 39 de la Constitución Española.

La casuística es enorme, llegando a producirse sentencias contradictorias cuando se han analizado supuestos similares, como consecuencia de lo delicado de la cuestión.

Al respecto, la SAP Baleares de 5 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/218170) no considera decisivo para eximir de la obligación asistencial o minimizar la cuantía exigible a los progenitores respecto de sus hijos que se carezca de ocupación laboral estable o permanente, que esta sea irregular, atípica o que eventualmente provenga de la economía sumergida, pues ello “no determina necesariamente su nivel de ingresos económicos, ni mucho menos le exime de la prestación asistencial que el artículo 39.3 de la Constitución Española impone”.

En consecuencia, la determinación de la cuantía debe ser proporcional a las posibilidades de quien la da y a las necesidades de quien la recibe, teniendo en cuenta que pueden entrar en colisión las necesidades de los progenitores y las de los hijos.

Este sector jurisprudencial⁸⁶ debe decantarse a favor de los hijos, ya que se entiende que los padres deben hacer el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores. Circunstancia que no se debe contemplar legalmente con el mismo rigor cuando se trata de hijos mayores de edad, pues en estos casos se debe buscar un mayor equilibrio entre las necesidades del progenitor y del hijo.

Sin embargo, la anterior postura no debería ser incompatible con la que sostiene que si bien los hijos no deberían ser privados de las actividades de que han gozado durante el matrimonio o la relación de pareja de sus padres, según su estatus familiar y social, tampoco pueden rebasar los parámetros objetivos de unas necesidades reales, atendidas las circunstancias personales de los progenitores, de manera que no pueden confundirse los alimentos con una participación en ganancias, beneficios o rentas del progenitor obligado al pago. En ese supuesto, se ha entendido que podrían estar

⁸⁶ La SAP Madrid de 26 de abril de 2002 (EDJ 2002/47839) considera que “la necesidad de cuidar a los hijos no puede suponer una situación de enriquecimiento no justificado del cónyuge no obligado y un excesivo empobrecimiento para el obligado a la prestación”. En la misma línea se encuentran la SAP Cáceres de 18 de abril de 2016 (EDJ 2016/115198) y la SAP Guadalajara de 3 de marzo de 2016 (EDJ 2016/34405).

pagándose de forma indirecta otro tipo de prestaciones de las que se beneficiaría exclusivamente el progenitor a cuyo cargo estuvieran los hijos alimentistas.

Y es que algunas sentencias han considerado que las necesidades –alimentación, vestido, educación, ocio, etc.–, en cuanto elementos del concepto jurídico de alimentos del hijo, son las integrantes del llamado “mínimo vital” o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del menor en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional.

En este apartado debemos destacar la SAP Valencia de 7 de febrero de 2011 (EDJ 2011/65109), la SAP Sevilla de 26 de julio de 2013 (EDJ 2013/246002) y la SAP La Rioja de 7 de abril de 2014 (EDJ 2014/70949), que aportan como novedad la cuantificación del mínimo que los progenitores deben procurar en todo caso a sus hijos, por debajo del cual no pueden establecerse los alimentos: “[...] el llamado ‘mínimo vital’ que la sala fija en, al menos, 100 euros, por debajo del cual no procede reducción alguna. Aunque el artículo 146 del Código Civil tiene en cuenta principalmente la necesidad del alimentista en proporción al patrimonio de quien haya de dar los alimentos, dicha relación de proporcionalidad, en todo caso, queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades del alimentista integrantes del mínimo vital imprescindible para el desarrollo en condiciones de suficiencia y dignidad”.

Sin embargo, se han venido mostrando en la jurisprudencia menor posturas contradictorias, incluso ante supuestos idénticos, lo que ponemos de manifiesto a través del análisis de dos sentencias dictadas por las audiencias provinciales de Barcelona y Guadalajara, que, en idéntica, clara y extrema situación, resuelven de forma diferente a la hora de mantener o suspender la prestación alimenticia a favor de los hijos cuando el padre se encuentra en el umbral del mínimo vital.

Así, debemos hacer referencia, en favor del mantenimiento de dicha pensión, a la SAP Barcelona de 24 de abril de 2015 (EDJ 2015/96486), que establece que “aunque el padre esté en prisión, debe fijarse la pensión alimenticia del mínimo vital, pues en virtud del artículo 1911 del Código Civil, de la deuda alimenticia responderá con los bienes presentes y futuros el progenitor ingresado en prisión”. En cuanto a la pensión de alimentos, la sentencia valora que la parte actora abone una pensión de alimentos mínima de 150 euros mensuales.

La sentencia se basa en que la cuantía de la contribución paterna a los alimentos, derivada de la paternidad o la maternidad, pertenece a la esfera del orden público y ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores, según lo que se establece en los artículos 237-1 y 237-2 del Código Civil de Cataluña, que fijan la obligación inderogable de contribuir a los alimentos de los hijos, derivada del vínculo de la filiación, en proporción a las posibilidades y medios económicos.

Sin embargo, la SAP Guadalajara de 28 de octubre de 2015 (EDJ 2015/262772) sostiene precisamente la posición contraria, y acuerda la suspensión de la pensión en base al ingreso en prisión del obligado, al entender que existe imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, “ya que una cosa es que el ingreso en prisión obedezca en exclusiva a la conducta del apelante, y otra cosa distinta es que esa situación haya sido provocada o buscada por el demandante para eludir el pago de la pensión, que es lo que exige la jurisprudencia”, y cita la SAP Murcia de 10 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/336442), en un supuesto en el que el ingreso en prisión se había producido como consecuencia de una condena por impago de la pensión, a pesar de lo cual la Audiencia considera que “con independencia de que su actual situación es su responsabilidad, no puede desconocerse que no ha sido expresamente buscada de propósito”.

Sin embargo, a diferencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la situación descrita, la de Guadalajara acuerda la suspensión de la pensión –como consecuencia de la pérdida de ingresos del alimentante–, y no la extinción de la obligación de prestarlos, entendiendo la medida como transitoria, debiendo reactivarse la pensión de alimentos de forma automática en el momento en que se produjera el cambio de fortuna.

La difícil coyuntura económica de los últimos años ha llevado a múltiples familias a una situación que ronda el umbral de la pobreza y, por ende, ha dado lugar a que hayan proliferado múltiples resoluciones que tratan el asunto siguiendo una u otra línea doctrinal, lo que ha supuesto que el Tribunal Supremo haya tenido que pronunciarse en los últimos tiempos sobre el denominado “mínimo vital”, con el fin de unificar criterios sobre la materia ante las contradicciones de la jurisprudencia menor.

El Tribunal Supremo parece flexibilizar en cierta medida su doctrina, en particular con la STS sala 1ª de 2 de marzo de 2015 (EDJ 2015/16325), en la que afirmó que no procedía el pago del mínimo vital a favor de los hijos porque la falta de medios

determinaba otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente. Esto conlleva un escenario de pobreza absoluta, “que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional y que permitan proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres”.

Sin embargo, a pesar del contenido de esta sentencia, el propio Tribunal Supremo, en sentencias sucesivas, ha seguido mostrándose muy reacio a eliminar, aunque sea temporalmente, dicha obligación, aclarando en las resoluciones posteriores que las pensiones alimenticias de los hijos menores de edad siempre deben fijarse y cuantificarse sin perjuicio de que, en los casos más extremos en que los padres no puedan asumir ni sus gastos más vitales, pueda suspenderse el pago de la citada pensión hasta que se acredite una mejora de la situación económica.

Esto significa, en definitiva, volver a la idea inicial; todo ello teniendo en cuenta la dificultad que supondrá especificar el límite a partir del cual se considera que una persona se encuentra en el umbral de no poder hacer frente a sus necesidades, resultando más complicado aun determinar qué gastos contendrá dicho límite vital.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias más recientes, suele apoyar la idea de reducir o suspender temporalmente el abono de la pensión en aquellos casos más extremos, tal y como recoge la STS sala 1ª de 10 de julio de 2015 (EDJ 2015/122583) cuando considera que “la disminución de la capacidad económica del padre justifica la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia a satisfacer a favor de las menores. La sentencia de instancia no ha tenido en cuenta la valoración de los documentos aportados como prueba para reformular la regla de proporcionalidad entre la capacidad del alimentante y las necesidades de las alimentistas en cada momento”.

El alto tribunal va más allá cuando, en la STS sala 1ª de 15 de julio de 2015 (EDJ 2015/1294559), establece que “aunque lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles [...], con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, establece la suspensión de la obligación [...], si bien matiza que ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aun a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante, entendiéndose el mínimo vital ‘cuando la fortuna del obligado a

darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades [...]’ (artículo 152 del Código Civil)”.

Siguiendo esta misma línea, la STS sala 1ª de 22 de julio de 2015 (EDJ 2015/161342) trata de proteger la obligación de prestar alimentos ante la imposibilidad de determinar la cuantía de los ingresos del progenitor, cuando el padre o la madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, “no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos, ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia”, todo ello sin perjuicio de las acciones que el deudor de la pensión pueda plantear una vez que haya sido hallado en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente las circunstancias.

En el presente caso se elude la obligación de fijar alimentos para evitar posibles responsabilidades penales del obligado al pago, pero se olvida que esa obligación de prestarlos la tiene el progenitor, civil y constitucionalmente, aun cuando no se concrete su importe. En base a ello, se fijó una pensión de alimentos, “abonable por el demandado, del 10 % de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre”.

En este apartado, y mucho más en estas situaciones de enorme dificultad, es posible la fijación de la pensión de alimentos mediante un porcentaje del volumen de ingresos.

Parte de la jurisprudencia ha considerado que la petición de la pensión en forma de porcentaje es una fórmula que se acomoda a la variación que experimentan las percepciones del obligado al pago y que puede evitar dilatados, complejos y reiterados incidentes de actualización de las cantidades establecidas en sentencia.

Además, el porcentaje suele establecerse como medio de mantener siempre actualizadas las pensiones, sin acudir a índices externos, en aquellos casos en que los ingresos gozan de una cierta estabilidad en su cuantía y solo sufren variaciones en el tiempo, con vocación de estabilidad, pero no en casos en que los ingresos mensuales no son fijos, sino que varían a lo largo del año de forma considerable⁸⁷.

Sin embargo, no son pocas las resoluciones contrarias a esta forma de establecer la pensión, pues consideran que la fijación de una cifra porcentual viene a constituir, en

⁸⁷ Vid. SAP Asturias de 24 de enero de 2014 (EDJ 2014/17530).

numerosos casos, un semillero de problemas de enojosa y, a veces, imposible solución, al no poder concretarse las cantidades a abonar. La determinación porcentual se reduce a aquellos supuestos en los que no es posible fijar una cantidad líquida o regular, lo que supone que se intente acudir, como mal menor, a establecer un porcentaje⁸⁸.

Finalmente, las últimas sentencias relevantes en esta materia han sido concluyentes a la hora de limitar el alcance de esta obligación de alimentos cuando se ve afectada la supervivencia económica del progenitor deudor.

Así, la STS sala 1ª de 2 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/225206) sigue manteniendo el imperativo constitucional por el que los padres tienen la obligación de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, tal y como promulga el artículo 39 de la Constitución Española, y considera que, conforme a tal mandato, “existe un deber de diligencia de los padres, en orden a satisfacer las necesidades de sus hijos, en todo caso, tratándose de menores (artículo 93 del Código Civil), como consecuencia directa de la patria potestad, sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestarlos carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado por causa de imposibilidad, especialmente en los supuestos previstos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siendo los hijos mayores de edad, [...] ahora bien, los ingresos del alimentante deben referirse a cantidades incluso inferiores al ‘mínimo vital’”.

La STS sala 1ª de 25 de abril de 2016 (EDJ 2016/51979) considera que la obligación de mantener a los hijos sigue existiendo, como obligación primaria y básica, si bien se debe tener en cuenta la subsistencia del obligado; por primera vez, se corresponsabiliza del pago de las obligaciones alimenticias a los organismos del Estado. Pero, ante la penosa situación del mínimo vital de la unidad familiar, resulta ilusorio querer salvar el “mínimo vital” del hijo, pues en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas,

⁸⁸ Vid. SAP Cádiz de 11 de enero de 2001 (EDJ 2001/4226) y SAP Ciudad Real de 19 de junio de 2013 (EDJ 2013/135826).

debiendo ser las administraciones públicas, a través de servicios sociales, las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos⁸⁹.

Finalmente, debemos decir que la pensión de alimentos se fija no solo en atención a los ingresos acreditados, sino también a los ingresos probados e incluso a los presumidos por el patrimonio existente y los gastos fijos demostrados, buscando con ello la adecuación al concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil y a la proporcionalidad que establece el artículo 146 del mismo cuerpo legal. Esto supone que, en ocasiones, se acuda a la prueba de presunciones, en relación al nivel y calidad de vida que demostrara tener la unidad familiar en el momento anterior a la ruptura.

Fijada la cuantía de la pensión, su modificación solo puede realizarse probando una alteración sustancial de las circunstancias, tal y como dispone el artículo 91 del Código Civil.

5.3. Cuantificación de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad

Por otro lado, la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad va a tener un tratamiento diferente, pues resulta evidente que no posee la misma legitimación jurídica, al no existir ya la patria potestad. De este modo, cuando un hijo mayor de edad alcanza de manera más o menos estable su independencia económica, al haberse incorporado al mundo laboral, cesa la obligación de los padres de prestarle alimentos⁹⁰.

Esta realidad es, en cierto modo, irreversible, puesto que una vez que el hijo es económicamente independiente, la única opción que tendría, en el caso de venir a peor fortuna, sería la de solicitar de sus progenitores los correspondientes alimentos entre parientes.

Ahora bien, ninguna duda existe de que no puede automatizarse el cambio de obligación por el mero hecho de que cumplan los dieciocho años, pues la mayoría de los

⁸⁹ Esta sentencia supone una síntesis de la jurisprudencia menor sobre la materia repetida recientemente, especialmente desde que el concepto de “mínimo vital” se instauró en las reclamaciones sobre alimentos. En este sentido, destacan, entre otras, la SAP Murcia de 10 de octubre de 2013 (EDJ 2013/204881), la SAP Barcelona de 31 de enero de 2013 (EDJ 2013/15606), la SAP Barcelona de 22 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/252417), la SAP Asturias de 26 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/244755), la SAP Cádiz de 19 de enero de 2014 (EDJ 2014/276021), la SAP A Coruña de 21 de enero de 2014 (EDJ 2014/8559) y la SAP A Coruña de 28 de febrero de 2014 (EDJ 2014/31512).

⁹⁰ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a Mercedes, “Fijación del momento a partir del cual se puede solicitar la pensión de alimentos”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2014, pp. 734 y ss.; y MARTÍN NÁJERA, M.^a Teresa, “Problemática en torno a la pensión alimenticia”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 61, 2013, pp. 25-58.

hijos, a esa edad, son completamente dependientes y se encuentran todavía en su período de formación, y no será hasta varios años más tarde cuando finalmente consigan emanciparse.

Esto supone que jueces y tribunales hagan una interpretación más flexible del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil; pues, amparándonos en el tenor de su redacción, los únicos presupuestos necesarios para determinar la fijación de esta pensión son, primero, que quede acreditado en el procedimiento que los hijos mayores de edad conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios, y segundo, que se encuentren en período de formación, siendo preciso que si la fase formativa no ha sido completada sea por causas no imputables a ellos.

Esta posibilidad viene expresamente regulada en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de edad o sexo, en aras de poner fin a las cuestiones que se suscitaban al alcanzar los hijos matrimoniales la mayoría de edad; y es que, hasta dicha reforma, se debía acudir al procedimiento de alimentos provisionales o definitivos para atender su situación⁹¹.

La jurisprudencia menor⁹² sigue esta línea, siendo la cuestión más problemática establecer en cada caso concreto cuándo procede conceder o denegar dicha pensión alimenticia, aunque en ocasiones suponga apartarse de algunas de las circunstancias previstas para su devengo.

Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil va a servir de sostén legal para que el hecho de que esté estudiando fuera del domicilio familiar y buscando trabajo no suponga considerar, de forma automática, que el hijo mayor de edad ha alcanzado la autonomía económica o la estabilidad necesaria, sino que permite tratarla como una situación ocasional, temporal y que, en ocasiones, puede generar incluso mayores gastos y una mayor dependencia del hijo mayor de edad; sobre todo en

⁹¹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; y CASTILLA BAREA, Margarita, “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, *op. cit.*, p. 194.

⁹² En este sentido, es representativa la SAP Castellón de 11 de octubre de 2007 (EDJ 2007/234680), que resuelve “dejar sin efecto la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad. Ha quedado acreditado que la hija ha dejado voluntariamente el trabajo, así como su voluntad de estar en el mercado laboral y no estudiar, pues no existe noticia de que haya iniciado algún curso formativo”. En la misma línea se mantienen la SAP Valencia de 22 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/343403) y la SAP Huelva de 12 de febrero de 2013 (EDJ 2013/122757).

aquellos casos de los estudiantes Erasmus o que realizan prácticas en empresas, lo que obliga a los hijos a salir de su ciudad natal o viajar al extranjero.

Es evidente, por tanto, que la prolongación de la convivencia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar y de su dependencia económica es un hecho sociológico ampliamente reconocido; de tal manera que los hijos mayores que cursan estudios, normalmente universitarios, tienen derecho a una pensión de alimentos hasta que alcancen la independencia económica.

No obstante, este derecho va a estar condicionado no solo por sus necesidades, sino también por las circunstancias que rodean al alimentante. Esto ha supuesto que la jurisprudencia haya ido endureciendo progresivamente su postura en estas situaciones, al entender que la opción del hijo mayor de edad que libremente decide continuar su formación y postergar su entrada en el mundo laboral no ha de ser soportada a toda costa por el progenitor, cuya situación económica ha venido a peor fortuna⁹³.

Y es que, teniendo en cuenta el más mínimo principio de equidad, completada la formación o cuando el hijo ha tenido tiempo suficiente para formarse, es evidente que se debe a una causa imputable al hijo el no haber terminado los estudios. De esta manera, la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad no puede prolongarse indefinidamente en función de los deseos de estos últimos, ya sea porque decidan ampliar su formación universitaria, ya sea porque dichos estudios se estén llevando a cabo con extrema lentitud.

Todo ello nos lleva a que la perpetuación en el tiempo de la pensión alimenticia –acordada judicialmente como medida derivada de cualquiera de los procedimientos– haya sido vista con desconfianza por nuestra jurisprudencia, lo que supone que existan gran cantidad de pronunciamientos en contra del carácter indefinido de dicha pensión, cuyo germen se encuentra en la STS sala 1ª de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319)⁹⁴, que señala, a propósito de los hijos mayores de edad con preparación académica y con

⁹³ En este punto, cabe citar la STS sala 1ª de 28 de octubre de 2015 (EDJ 2015/194462) que declara que “quedó constatado en las instancias que el hijo mayor de edad ha accedido al mercado laboral de forma intermitente desde 2007, que tiene una vivienda en propiedad, que ha abandonado su formación reglada y que no se ha probado la reiniciación de su vida académica, lo que denota pasividad que no puede repercutir negativamente en su padre, por lo que debe estimarse el motivo y dejar sin efecto la pensión alimenticia al infringirse la doctrina jurisprudencial de esta Sala”.

⁹⁴ Esta sentencia sirve de precedente para la jurisprudencia de las audiencias provinciales. Sirvan como ejemplo la SAP Madrid de 20 de febrero de 2003 (EDJ 2003/66673), la SAP Asturias de 19 de julio de 2007 (EDJ 2007/172601), la SAP Navarra de 19 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/391915), la SAP Asturias de 17 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/252138), la SAP Alicante de 24 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/298504) o la SAP Almería de 19 de febrero de 2014 (EDJ 2014/64347).

plena capacidad física y mental, que “no se encuentran, hoy por hoy, dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores de una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un ‘parasitismo social’”.

El Tribunal Supremo, en la STS sala 1ª de 8 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/178311) y la STS sala 1ª de 17 de junio de 2015 (EDJ 2015/105437), ha declarado, conforme al artículo 142 del Código Civil, que han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y la prolongación de esta no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento. Esta postura se apoya en el artículo 152.5 del Código Civil, que establece que cesará la obligación de dar alimentos “cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar[los], y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”, y se pone en relación con el artículo 3.1 del Código Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

No cabe la menor duda de que, en estos casos, no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Y es que, aunque las normas deban ser objeto de interpretación, el hecho de que haya personas que superan los treinta años de edad, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental, que siguen viviendo en casa de sus padres debe ser considerado como algo sonrojante en una sociedad moderna. Máxime cuando existen datos que acreditan que alrededor de un 20 % de los jóvenes españoles de entre 16 y 30 años pertenece o ha pertenecido a una generación que ni estudia ni trabaja, los conocidos como “ninis”⁹⁵.

Es evidente que debemos incluir dentro del grupo de los ninis a aquellos hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios, no habiendo acabado el período de formación o habiendo demostrado falta de interés o de aprovechamiento; por ello, sin duda, deberían ser objeto de exclusión del supuesto recogido en el artículo 142 del Código Civil que establece el deber de los padres de sufragar los gastos derivados de la educación e instrucción de los hijos mayores de edad que no han terminado su formación por causa que no les sea imputable.

⁹⁵ OECD, *OECD Skills Strategy: Informe de Diagnóstico Resumen. España, 2015*, París, OECD Directorate for Education and Skills, 2015.

Sin embargo, no podemos obviar que, como consecuencia de la actual crisis económica que azota a España desde el año 2007, nos encontramos con casos en que se está planteando la disyuntiva opuesta en relación a las prestaciones alimenticias de los hijos mayores, ya que estos topan con mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo. Un dato significativo al respecto es que las cotas de desempleo juvenil –de jóvenes entre 16 y 30 años–, aunque han mejorado ligeramente según los datos más recientes, superan el 50 %⁹⁶, lo que sin duda incide en que se prolongue la situación de dependencia de los hijos mayores de edad.

Por otra parte, como hemos comentado, la coyuntura económica obliga a acabar con las situaciones en que se produce abuso por parte de los hijos, que son mantenidos de forma indefinida sin que realicen esfuerzo alguno por salir de su situación de dependencia, lo que ha llevado a juzgados y tribunales a ser menos permisivos con los casos de absentismo escolar o laboral de los hijos. Esta situación se ha traducido, en la práctica, en una clara tendencia a limitar en el tiempo la pensión, obligando por ende a los hijos a demostrar mayor diligencia en sus actividades⁹⁷.

⁹⁶ Las informaciones sobre desempleo juvenil no son optimistas, aunque hay quien considera que las cifras han tocado fondo y no pueden seguir empeorando: “Con un 53,2 % de desempleo juvenil, resulta difícil ser optimista. Sin embargo, la directora del departamento de Empleo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Azita Berar-Award, considera que ‘puede haber tocado fondo’. ‘El desempleo juvenil en España sigue siendo altísimo, pero ha bajado. Las perspectivas parecen mejores. No pueden ir a peor’, afirmó ayer jueves en una rueda de prensa celebrada en Ginebra. Nuestro país tiene el dudoso honor de tener la tasa más alta de desempleo juvenil de los seis países mediterráneos con peores resultados de toda la Unión Europea (Croacia, Chipre, España, Grecia, Italia y Portugal). Además, según el informe ‘Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2015’, publicado por esta organización, la tasa de jóvenes que ni trabajan ni estudian (los llamados ninis) se situó en 2014 en el 17,1 %”. Cfr. MUNERA, Isabel, “‘El desempleo juvenil puede haber tocado fondo’, según la OIT”, *El Mundo*, 09/10/2015.

⁹⁷ La jurisprudencia menor más actual insiste en las ideas de aprovechamiento y necesidad como fundamentos para sostener la manutención de los hijos mayores de edad. Por ejemplo, la SAP Asturias de 30 de mayo de 2016 (EDJ 2016/116232) establece que “cesa la obligación de alimentos a favor del hijo mayor de edad siempre que los medios de que disponga para satisfacer sus necesidades vitales sean estables, regulares y con vocación de futuro”. La SAP Madrid de 9 de mayo de 2016 (EDJ 2016/91664) “declara el derecho del hijo mayor de edad no independizado a percibir alimentos del padre, por un período limitado de tiempo, cuando tiene precarios ingresos derivados de trabajos temporales”. La SAP Tarragona de 14 de abril de 2016 (EDJ 2016/83481) considera que “el hijo mayor de edad tiene derecho a percibir una pensión alimenticia del padre cuando justifica su necesidad y los gastos son los derivados de sus estudios y sostenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica”. La SAP Murcia de 31 de marzo de 2016 (EDJ 2016/55384), referida a la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, establece que “el derecho de los hijos a la prestación de alimentos no cesa automáticamente con la mayoría de edad, sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos. La obligación de los padres es temporal. No se prolonga indefinidamente en función del deseo del hijo de querer ampliar su formación, sobre todo cuando concurre falta de esfuerzo y aplicación al estudio. Es necesario que el hijo mayor sea dependiente, que conviva en el domicilio familiar, carezca de ingresos propios y que esté en período de formación académica o profesional con aprovechamiento”. La SAP Castellón de 25 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/289970) establece “el deber de los padres de ayudar económicamente a sus hijos mayores de edad, mientras subsista la situación de necesidad no imputable a ellos. Se trata de proteger a los hijos que aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, siguen

En pura lógica, no es de recibo que mientras los padres sufren los ajustes de una crisis económica que se ha convertido en estructural en una buena parte de la sociedad – reducción de salarios, despidos, modificaciones contractuales a la baja, hundimiento de negocios, índice de desempleo⁹⁸ mayor para personas de más de 45 años, etc.–, los hijos mantengan una actitud pasiva en su actividad formativa o laboral.

Sin embargo, debemos ser conscientes, por otro lado, de la enorme dificultad que encuentran los jóvenes para acceder al mercado laboral en unas condiciones mínimamente dignas, que puedan facilitar su independencia económica, y resulta demoledor el dato de que el 50 % de los jóvenes de entre 16 y 30 años se encuentran en situación de desempleo.

Nos resulta particularmente interesante en esta materia el razonamiento expuesto en la SAP Salamanca de 5 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/358088), que, de forma novedosa –dentro del marco de la crisis económica de 2007–, trata de conciliar la obligación que tienen los hijos de esforzarse para formarse y conseguir acceder al mercado laboral, con la consciencia de la enorme dificultad que encuentran para obtener un puesto de trabajo.

De esta manera, a la vez que dicta la extinción de la pensión de alimentos, concede una prórroga de doce meses de duración de la pensión de un hijo nini con el fin de que este se independice, tomando como referencia precisamente la pionera STS sala 1ª de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319), que observa que “[...] desde los 16 años dejó de estudiar, y durante seis años tan solo ha trabajado 17 días, de suerte que durante

inmersos en sus estudios y formación. Su concesión es temporal, con el fin de evitar que los padres hayan de soportar de por vida el mantenimiento de hijos que no tienen interés en buscar su independencia, para tener medios de vida propios”.

La SAP Cáceres de 3 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/198736) reconoce “la pensión de alimentos a favor de la hija, mayor de edad, en situación de necesidad. El importe debe ser asumible por quien viene obligado a satisfacer la pensión alimenticia, con independencia de los ingresos que pudieran restarle o de que hubiera de prescindir de otros gastos, cuyo abono no puede preponderar sobre el bienestar y el interés de los hijos, y razonablemente suficiente para subvenir y contribuir a las necesidades del alimentista”.

La SAP Valencia de 26 de octubre de 2015 (EDJ 2015/290583) hace las siguientes observaciones: “[E]l trabajo esporádico y con carácter temporal no excluye el concepto de necesidad, salvo que la situación de empleo sea sucesiva. La convivencia en el domicilio familiar y la falta de autonomía económica no justifican el derecho de alimentos porque puede favorecer la situación de pasividad y suponer un parasitismo social”.

⁹⁸ Según datos del *VII Informe sobre mayores de 45 años en el mundo laboral* elaborado por la Fundación Adecco, las personas de más de 45 años, tanto hombres como mujeres, conforman el grupo con mayores dificultades para encontrar empleo. Casi el 70 % de los parados de larga duración tienen más de 45 años, suponiendo los hombres de este grupo de edad el 16,8 % del total de hombres en paro y, en el caso de las mujeres, el 18,3 % del total de mujeres en paro. Cfr. FUNDACIÓN ADECCO, *VII Informe sobre mayores de 45 años en el mundo laboral*, Madrid, 2015; y EUROPA PRESS, “7 de cada 10 parados de larga duración mayores de 45 años tiene que reciclarse”, *Europa Press*, 22/06/2015.

ese tiempo ni ha trabajado, ni ha estudiado [...]. Si bien, dada la creciente situación de crisis económica, y, por tanto, las exponencialmente crecientes dificultades del hijo para buscar trabajo, pues el paro juvenil en la actualidad alcanza prácticamente el 50 %, esta sala considera adecuado extender el plazo de permanencia de la pensión a 12 meses a partir de la firmeza de la presente resolución, como período de carencia, dirigido a fomentar en el hijo la búsqueda de su sustento”.

Esta tendencia se ha prolongado en ulteriores sentencias de las audiencias provinciales que, en los últimos años, han apostado por mostrarse más exigentes con las obligaciones y responsabilidades de los hijos mayores de edad, siendo especialmente gráficas, entre otras, la STSJ Aragón de 28 de marzo de 2014 (EDJ 2014/48895) y la SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de julio de 2012 (EDJ 2012/177978)⁹⁹, cuando dice que “de lo actuado se desprende la falta de aprovechamiento y dedicación a los estudios del hijo, como tampoco a trabajo alguno, sin que pueda pretenderse aducir ahora un aprovechamiento en los estudios con la simple matriculación en el proyecto de Escuela Taller del que no se acredita ni su entidad ni sus exigencias lectivas, y además precisamente con posterioridad a la presentación de la demanda. Por tanto, la pensión alimenticia debe quedar extinguida”.

El Tribunal Supremo ha acogido esta doctrina en sus recientes pronunciamientos, en particular en el de la sala 1ª de 28 de octubre de 2015 (EDJ 2015/194462), que establece que procede la extinción de la obligación alimenticia porque “el hijo abandonó sus estudios y no prueba la reiniciación de la vida académica; cuando además tuvo acceso a la vida laboral de forma intermitente desde 2007; concluyendo que los alimentos han de abonarse a los hijos mayores de edad mientras

⁹⁹ En esta línea, también podemos citar la SAP Toledo de 11 de junio de 2015 (EDJ 2015/122453): “La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de la esposa demandada y confirma la extinción de la pensión de alimentos a favor de la hija. Señala la Sala que concurren las circunstancias precisas, ya que la hija tiene veinticinco años de edad y es evidente la desidia en la dedicación a los estudios necesarios para acceder a un mundo laboral cualificado”.

Y la SAP Alicante de 12 de febrero de 2015 (EDJ 2015/64581), que considera que “la obligación del pago de alimentos a los hijos mayores de edad se extiende hasta que estos alcanzan la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. En el caso, el hijo es mayor de edad, ha completado sus estudios de formación profesional y ha trabajado por espacio de un año, tras lo cual se ha dado de baja en el servicio público de empleo, encontrándose en una situación apta para desarrollar un trabajo, por lo que procede la extinción de la obligación del pago de alimentos”.

La STS sala 1ª de 21 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/157704) deniega la pensión alimenticia para el hijo mayor de edad ya que “no puede accederse al derecho de alimentos solicitado por la madre, en beneficio del hijo mayor de edad que convive con ella, cuando esta aduce la dificultad del mismo para acceder a un empleo y ella tiene en su mano facilitárselo”.

dure su formación y su prolongación no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento”.

Consideramos, por tanto, que el Tribunal Supremo ha aclarado suficientemente la cuestión, resolviendo un asunto controvertido; ya que si bien el interés de los hijos, incluso cuando son mayores de edad, debe protegerse siempre que exista una situación de necesidad, no puede imponerse dicha obligación sin contraprestación alguna, debiendo exigírseles –también en su propio beneficio– el aprovechamiento o el esfuerzo en sus obligaciones académicas.

Por otra parte, aunque la crisis económica haya obligado a resolver cuestiones enormemente complejas que no se habían previsto al aprobar el Código Civil, no podemos obviar que el criterio de la temporalidad de la pensión de alimentos no es nuevo, y se corresponde con el espíritu de los preceptos que regulan la obligación de alimentos en los artículos 142, 146, 147 y 152 del Código Civil.

Por ello, son cada vez más frecuentes las decisiones judiciales que establecen de forma objetiva una pensión de alimentos para los hijos mayores de edad hasta que alcancen una edad determinada, que generalmente va a rondar los veintiséis o veintisiete años. Todo ello sin perjuicio de que, en ocasiones, se fije a una edad inferior¹⁰⁰, sin necesidad de acreditar una causa que justifique la limitación. El hecho de introducir esta solución en nuestro Código Civil, fijando la edad para la extinción de la pensión en torno a los veintiséis o veintisiete años, supondría considerar que la prestación de alimentos se concede por un tiempo prudencial, exigiendo igualmente un pleno aprovechamiento en sus estudios por parte del alimentista, y previendo la extinción de la pensión ante muestras de apatía o vagancia y, en todo caso, al finalizar con éxito el período formativo. Esto motivaría al acreedor para conseguir un estatus económico

¹⁰⁰ La SAP Pontevedra de 15 de enero de 1998 (EDJ 1998/8552) señala que, con la llegada de la mayoría de edad, la pensión alimenticia de los hijos debe prolongarse en el tiempo en tanto estos no obtengan la independencia económica, durante un lapso que los usos sociales hacen ampliable, por regla general, hasta los veintitrés años. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/38063), considera conveniente fijar el mismo límite temporal, hasta los veintitrés años, argumentando que, en los supuestos de pensiones de alimentos fijadas en el marco de procesos de separación y divorcio, se ha mantenido la tesis de establecer un límite temporal a las mismas coincidiendo con la fecha en la que más o menos se presume que el hijo habrá acabado los estudios y estará capacitado para satisfacer sus necesidades, sin que ello signifique indefectiblemente el cese de la pensión alimenticia llegado ese límite temporal. Otras decisiones judiciales, como las de la Audiencia Provincial de Barcelona, señalan el límite en veinticinco años; véase la SAP Barcelona de 25 de mayo de 1998 (EDJ 1998/15638). Siguiendo esta misma línea, la STS sala 1ª de 30 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/44287) reconoce que la pensión de alimentos “concedida a los hijos mayores se extinguirá en todo caso cuando cumplan 27 años de edad”.

independiente. Y, si el hijo mayor de edad estimase que se le deben seguir prestando alimentos, deberá acreditar un óptimo rendimiento para que se le pueda aplicar la referencia del artículo 142 del Código Civil, al no haber terminado su formación por causas que no le son imputables. Además, esta medida permitiría reducir los pleitos de familia, al estar la edad de extinción de la prestación, salvo supuestos excepcionales, claro está, determinada de antemano.

Y es que, en la práctica, nos encontramos con que la temporalidad de la pensión alimenticia viene en muchas ocasiones establecida como consecuencia de las circunstancias personales del hijo mayor de edad: fundamentalmente, el bajo rendimiento académico unido a una edad avanzada. Estos factores inducen a los padres a instar el correspondiente incidente de modificación de medidas y a solicitar límites de carácter temporal para las pensiones alimenticias¹⁰¹; de tal manera que, ante la persistente falta de autonomía económica de los hijos, se impone el establecimiento de un límite temporal en la vigencia de la pensión. Por ejemplo, cuando un hijo en edad de incorporarse al mercado laboral no lo ha hecho, el progenitor acreedor puede solicitar, en lugar de la extinción inmediata de la pensión, que esta se prolongue durante uno o dos años, con el fin de apresurar al hijo en la finalización de los estudios.

El abandono o la falta de diligencia en los estudios junto con el desinterés por acceder al mercado de trabajo provocan la extinción del deber de alimentos o, en su caso, la no fijación, si nos encontramos al inicio de un procedimiento de familia.

Nuevamente debemos apelar a los criterios de equidad y solidaridad para denegar la prolongación de la pensión alimenticia en el tiempo en estos supuestos, bajo el discutible amparo de los derechos de los hijos que se han situado voluntariamente en una cómoda posición de dependencia, lo que daría lugar a una vulneración de los

¹⁰¹ En este apartado, destacamos la SAP Pontevedra de 18 de octubre de 2012 (EDJ 2012/254005), la SAP Madrid de 10 de marzo de 2014 (EDJ 2014/37553) y la SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/298273), que indican que “la naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos exige delimitar las pretensiones que pueden ser traídas a esta clase de procesos y que deben estar basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos, inciertos, imprevisibles y de notoria significación, debiéndose efectuar entonces un análisis comparativo entre la situación precedente, concurrente al momento en el que se dicta la anterior sentencia, y la posición actual, pues solo si al momento presente se acredita un cambio en las circunstancias tenidas en consideración para reconocer un determinado derecho, en este caso, la pensión de alimentos en favor de una hija, aun habiendo mediado convenio judicialmente aprobado, se debe valorar de manera real y efectiva la actual situación de la misma, ya mayor de edad, en lo que se refiere a sus posibilidades laborales, ya demostradas en fechas y años pasados, y a la realidad de su continuidad en la formación académica o profesional, sin admitir planteamientos ficticios o meramente formalistas, por parte de la hoy apelada, y demandada, en justificación del derecho a mantener la pensión de alimentos para dicha hija sin límite temporal alguno”.

intereses igualmente legítimos del progenitor, imponiéndole una ilimitada e incondicional obligación, bajo cualquier circunstancia, de hacer un desembolso económico en pro de aquellos¹⁰².

Al no figurar en el Código Civil español ningún límite de edad, todas las cuestiones que puedan plantearse en relación al mismo deben ser analizadas por los juzgados y tribunales en cada caso concreto, lo que da lugar a soluciones dispares.

Así, la SAP Almería de 13 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/401716) suprime la pensión de alimentos a favor de la hija que ha cumplido veintidós años de edad, que tiene pareja estable y que desempeñó trabajos durante un determinado tiempo, porque se considera que ha accedido al mercado laboral, aunque sea en forma precaria, “sin perjuicio de que, como otras muchas personas en los tiempos actuales, pueda verse abocada a una situación de desempleo, por lo que ha de considerarse suprimida la obligación para con ella de su padre de prestarle alimentos”.

Por su parte, la SAP Madrid de 10 de mayo de 2011 (EDJ 2011/116027) suprime la pensión de alimentos a una de las hijas, manteniendo la pensión a favor de la otra hija, que ahora se impugna, y acuerda limitar el derecho a la pensión de alimentos a dos años, puesto que, atendiendo a las circunstancias del caso, se justifica ya la temporalización de la pensión de alimentos.

La SAP Salamanca de 9 de junio de 2014 (EDJ 2014/104382) “considera adecuado extender el mantenimiento de la pensión hasta que el hijo con minusvalía reconocida cumpla treinta y dos años, ya que aquella no debe impedirle trabajar en actividades adecuadas a sus deficiencias”.

Sin embargo, es interesante hacer referencia –por lo innovador– al precedente creado por el derecho aragonés¹⁰³, que introduce por primera vez en un ordenamiento –

¹⁰² Una vez más, debemos hacer referencia a la STS sala 1ª de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319), que nuevamente ha servido de inspiración para prácticamente toda la jurisprudencia menor, como, entre otras sentencias, la SAP Almería de 23 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/286540), que manifiesta que, ante la falta de autonomía económica, se impone bien la extinción de la obligación, bien el establecimiento de un específico límite temporal en su vigencia, pues de otro modo, y bajo el discutible amparo de los derechos de quien se ha situado voluntariamente en una cómoda postura de dependencia, se estarían vulnerando los intereses, igualmente legítimos, del progenitor, obligado a un ilimitado e incondicional desembolso económico en pro de aquel. O la SAP Asturias de 17 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/252138), que dicta que, “aunque no se pueden amparar situaciones indefinidas que lejos de incentivar el aprovechamiento de los medios y formación que tienen los hijos pueden favorecer la indolencia de quienes perciben alimentos de sus progenitores, lo cierto es que la notoria situación de grave crisis económica y de empleo con especial incidencia en los jóvenes lleva a considerar justificada la fijación del límite temporal de las obligaciones de alimentos a dos años, rechazando así la pretensión del recurrente, tanto de extinción como de reducción del plazo a un año”.

aunque solo tenga vigencia en una comunidad autónoma— una norma que, de alguna manera, objetiva los alimentos de los hijos mayores de edad aplicándoles una limitación temporal, en un intento de congeniar el *favor progenitoris* con el *favor filii*. El Código del Derecho Foral de Aragón señala la edad de veintiséis años como el límite a partir del cual las personas, tras haber terminado su formación, están en condiciones de acceder al mercado de trabajo, fecha en la que, si la situación de falta de recursos persiste, tendrá que ser el hijo mayor de edad el que acuda al procedimiento de reclamación de alimentos como si fuera un pariente más.

Fuera del derecho aragonés, las audiencias provinciales han intentado, en múltiples ocasiones, fijar un límite de edad de forma expresa en torno a los veinticinco o veintiséis años, tal y como se recoge en la SAP Soria de 3 de marzo de 2010 (EDJ 2010/199679), que considera, en un intento de congeniar el *favor progenitoris* con el *favor filii*, la edad de veintiséis años como momento en el que se acredita que los hijos han terminado sus estudios y están en condiciones de acceder al mercado de trabajo, “por lo que no parece oportuno que más allá de esta edad se mantengan estas pensiones como si de una carga familiar se tratara, pareciendo razonable que, en caso de persistir esta situación, la pensión de alimentos declarada a su favor dentro de este procedimiento de separación se prolongue hasta que la misma cumpla la edad de veintiséis años, fecha a partir de la cual, si la situación de falta de recursos persiste, tendrá que ser la hija la que acuda al procedimiento legalmente previsto en reclamación de los alimentos que estime oportunos”.

La SAP Soria de 5 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/293933) persiste en la idea de fijar un límite de edad; sin embargo, acaba cayendo en la indefinición cuando, de forma alternativa, deja abierta la posibilidad de prolongar la pensión de la hija hasta que termine los estudios, lo que sin duda crearía enormes problemas prácticos de ejecución de la sentencia, que “confirma la extensión del límite de la prestación de alimentos hasta los veinticinco años, como resultó establecido en sentencia por el órgano *a quo*, o hasta el momento que inicie actividad laboral, solución ajustada a derecho, máxime por

¹⁰³ El derecho aragonés ha sido pionero en este sentido, por lo que debemos mencionar el Decreto Legislativo 1-2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (EDL 2011/15184), por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Cfr. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en María del Carmen Bayod y José Antonio Serrano (coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2014, pp. 119-201.

cuanto no ha abandonado sus estudios y no tiene experiencia alguna en el mercado laboral”.

Ahora bien, la necesidad de poner límites cuantitativos a la pensión de alimentos no puede ser obviada, especialmente en los últimos años de crisis económica y de empleo, cuya consecuencia más visible ha sido el retraso en la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo, lo que hace que con frecuencia sea difícil fijar una edad concreta como límite temporal de las obligaciones de alimentos.

En consecuencia, la dependencia familiar suele ampliarse más allá incluso del tope de los veintiséis años –que inicialmente fijan el derecho aragonés y, de forma aislada, algunas de las resoluciones de las audiencias provinciales– cuando los hijos, finalizados los estudios universitarios, optan por prepararse una oposición –notaría, cuerpos superiores de la administración, judicatura, abogacía fiscal, profesorado, etc.– con el fin de conseguir una colocación profesional y cuya superación requiere de varios años de preparación, lo que nuevamente supondrá que deba analizarse el mantenimiento de la pensión en cada caso concreto, revisándose la edad para su devengo.

Evidentemente, la falta de trabajo en el sector privado supone que, en muchas ocasiones, los hijos, una vez terminados sus estudios, tengan que acudir al empleo público como salida profesional, lo que, en una coyuntura como la actual, hace que los recortes presupuestarios consecuencia del déficit del Estado hayan aminorado la cantidad de empleo público existente¹⁰⁴ y que, además, exista una mayor competencia, lo que constituye una dificultad añadida.

En consecuencia, al ser necesario un período más largo de preparación, una parte del sector jurisprudencial ha entendido que debe ampliarse la pensión de alimentos de los hijos, lo que han defendido, entre otras, la SAP Córdoba de 30 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/244785) y la SAP A Coruña de 18 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/270908), que consideran que, en el contexto actual, los estudios de posgrado o la preparación de oposiciones “como cauces usuales y, en muchos casos, imprescindibles para acceder al mercado de trabajo en condiciones mínimamente acordes con la

¹⁰⁴ En enero de 2015, con 5.965.400 parados y una tasa de desempleo superior al 26 %, la más alta de la historia, según los datos de la última EPA, conseguir un trabajo fijo es casi un sueño. Además, la oferta de empleo público se ha reducido en los últimos años a la mínima expresión –un 85 % en 2012 respecto al año anterior en los subgrupos A1 y A2 (licenciados y diplomados), según denuncia la Central Sindical Independiente de Funcionarios. Todo ello ha provocado que conseguir una plaza también sea poco menos que una utopía. *Cfr.* INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa*, julio de 2016.

formación y capacidad adquiridas en los estudios, [...] debido a su dificultad y siempre que se acredite un debido aprovechamiento, justificarían una prolongación en una edad superior”.

Sin embargo, también existe alguna postura que, atendiendo a los baremos de edad y aprovechamiento, se ha pronunciado en contra de prolongar la pensión alimenticia cuando se han superado los treinta años de edad. Por ejemplo, la SAP Lugo de 15 de junio de 2009 (EDJ 2009/129321) recoge el caso de una hija de 32 años que había aprobado dos de los tres ejercicios de la oposición a inspector de Hacienda, y el tribunal entendió que, en función de su edad, se justificaba también la extinción del pago de alimentos, al encontrarse próxima a cumplir 33 años y llevar casi diez años opositando, afirmando en su fundamento jurídico segundo que “el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad no es incondicional, de ahí que el artículo 152 número 3.º del Código Civil (EDL 1889/1) prevea expresamente el cese de tal obligación cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, estando capacitados para realizar trabajo remunerado los reclamantes, para con su producto poder atender a sus necesidades, no habiendo sido siquiera oídos ni intentando probar haber buscado trabajo sin encontrarlo. No existe ninguna presunción legal, dada la edad de los solicitantes, de tal necesidad, prolongándose indefinidamente su condición de estudiantes/opositores. No existe, por ello, tampoco infracción del artículo 152.5 del Código Civil (EDL 1889/1), pues la interpretación efectuada por la magistrada de instancia es acorde con el precepto y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, si bien el derecho de alimentos no cesa automáticamente al llegar a la mayoría de edad, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo –se cita, entre otras, la sentencia 184/2001, de 1 de marzo (EDJ 2001/1319), para dos hijos, una licenciada en derecho de 29 años y otra farmacéutica de 26– para edades como las que nos ocupan es que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación para personas graduadas universitarias, ‘con plena capacidad física y mental que superan los 30 años de edad’, por lo que, pese al contenido del artículo 39 número 1.º de la Constitución (EDL 1978/3879), concluyó la Sala 1ª en un caso semejante al que nos ocupa que dichas hijas no se encontraban, en una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pudiera definir de necesidad, ‘lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida’”.

Al contrario de lo que sucede en el ámbito de la reclamación de pensiones alimenticias de hijos menores –en el que, aunque no exista una petición expresa por las partes sobre la fijación de una pensión alimenticia, el tribunal actúa de oficio para fijar los alimentos cumpliendo una función tuitiva–, la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad deberá ser reclamada por las partes dentro del procedimiento judicial, ya que los sujetos acreedores de la pensión de alimentos, los hijos, y el derecho a la reclamación nacen de la ruptura del vínculo familiar y como consecuencia de la filiación, sea esta de carácter matrimonial, no matrimonial o por la vía de la adopción, lo que sin duda obliga a ser más estrictos en su protección.

La cuestión obedece a una naturaleza jurídica diferente por el hecho de que la patria potestad ha quedado extinguida; esto implica que la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad deba ser reclamada por los propios hijos a ambos progenitores en el procedimiento de alimentos correspondiente, o por el progenitor con el que conviven dentro del procedimiento de ruptura familiar de separación, divorcio o nulidad.

No podemos olvidar que la contienda familiar depende plenamente de los principios que rigen todo procedimiento civil, entre ellos los principios dispositivos o de rogación, que impiden al juez realizar pronunciamientos que rebasen las pretensiones deducidas e incurrir en incongruencias por *extra* o *ultra petita*.

Ahora bien, con el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se pretende poner fin a tales cuestiones y que, en el propio juicio de familia, se resuelvan las cuestiones atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad dependientes económicamente de los padres, produciéndose una acumulación legal de acciones en un mismo proceso.

La SAP Vizcaya de 27 de octubre de 1999 (EDJ 1999/43353) viene a englobar los alimentos de esos hijos mayores como una carga familiar más, que se asimila a la obligación de prestación de alimentos a los hijos menores. En dicha resolución se establece que “sin perjuicio de las anteriores consideraciones, el progenitor con el que convivan los hijos, tanto menores como mayores de edad, deberá solicitar la pensión alimenticia de estos, no solo de forma genérica, sino concretando incluso la cuantía que a su juicio debe tener”.

Es evidente que dicha pretensión tiene su fundamento en el artículo 81 del Código Civil, que establece que “a la demanda se acompañará propuesta fundada de las

medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”, siendo lo lógico que sea el demandante quien reclame la pensión de alimentos para los hijos cuya custodia va a solicitar.

Esta peculiaridad, insólita en nuestro derecho de obligaciones, supone que aunque la legitimación activa para reclamar los alimentos corresponda al propio hijo interesado –salvo que sea menor de edad o incapaz–, en los supuestos en los que el hijo sea mayor de edad pero carezca de ingresos propios y siga viviendo en el domicilio familiar, dicha pensión podrá ser reclamada por el progenitor con el que conviva, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de tal manera que el citado progenitor puede solicitar la pensión sin necesidad de instar un procedimiento distinto, en la misma sentencia que resuelve sobre el vínculo de los padres.

Actualmente, veintiséis años después de la modificación de este artículo, es unánime la jurisprudencia en este sentido, de la que se pueden citar ejemplos como la STS sala 1ª de 30 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/44287), la STS sala 1ª de 24 de abril de 2000 (EDJ 2000/86445) o la más reciente STS sala 1ª de 12 de julio de 2014 (EDJ 2014/138268)¹⁰⁵ que, interpretando el artículo 93.2 del Código Civil, declara que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo; si bien deben mediar determinados requisitos como “son la no percepción de emolumentos o no tenencia de recursos propios, así como de dependencia y convivencia en el hogar familiar, la ratio para el reconocimiento de legitimación (por sustitución, permite en el procedimiento matrimonial la acción dirigida a obtener alimentos para los hijos mayores de edad, mientras convivan con su progenitor, sin independencia económica) al progenitor (como una especie de acción de reembolso de una carga patrimonial que asume en su integridad) con quien convive el hijo mayor, siempre que no conste oposición o desacuerdo del hijo interesado”.

Sin perjuicio de los argumentos expuestos por la jurisprudencia invocada, es evidente que dicha decisión, en la práctica, lo que va a suponer en realidad es una simplificación del procedimiento; ya que, en caso contrario, añadiría un conflicto aún mayor a la ya compleja cuestión de los procedimientos de familia.

¹⁰⁵ Cfr. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de “alimentos” a los hijos...*, op. cit.

Sin embargo, dicha economía procesal no soluciona el problema de fondo que existe en los pleitos de familia: no podemos obviar que, en muchas ocasiones, las pretensiones alimenticias de los hijos, incluidas las de los mayores de edad, se utilizan como arma arrojadiza entre los progenitores. Esta cuestión quedaría resuelta si las resoluciones judiciales autorizaran la administración conjunta de las pensiones alimenticias de los hijos mediante la disposición de una cuenta corriente en una entidad bancaria para llevar a cabo el pago de los alimentos, con independencia del progenitor que tuviera asignada la guarda y custodia.

5.4. Aspectos procesales en la reclamación de la pensión alimenticia de los hijos

En este apartado, partiremos de aquellas situaciones en que es necesario acudir a los juzgados para reclamar los alimentos de los hijos que correspondan, en primer lugar, al ámbito de las medidas matrimoniales acordadas en el procedimiento de separación o de divorcio; siendo competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal.

En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, el tribunal competente será, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante; y si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá esta al tribunal del domicilio del actor.

En el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será competente el juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes, sin perjuicio de las nuevas facultades que la reciente reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria otorga a notarios y letrados de la administración de justicia.

En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos –fuera, por tanto, del procedimiento matrimonial, y que son reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores–, será competente el juzgado de primera instancia del lugar del último domicilio común de los

progenitores, conforme al artículo 769.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que encuentra su fundamento en la circunstancia de que la tutela de los intereses de los menores, así como la de los incapacitados, se obtendrá más fácilmente ante los juzgados de su propio domicilio, evitándoles así los trastornos que generalmente suele comportar el sostener el litigio en puestos alejados del mismo.

Ahora bien, la reciente reforma del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contenida en la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y que se corresponde con el artículo 72 del texto legal de la reforma, cambia parcialmente este fuero, aunque solo para los supuestos en que haya que modificar las medidas adoptadas en un procedimiento anterior y que, por ende, puedan afectar a las pensiones alimenticias fijadas para los hijos, cuando señala que “el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”. Por otro lado, el mismo artículo en su apartado 2.º indica que “estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777”.

Finalmente, el apartado 3.º hace referencia a la modificación de las medidas cuando establece que “las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773”.

Esta reforma tiene una incidencia fundamental en la determinación del tribunal competente para conocer de la correspondiente demanda de modificación de medidas, pese a la claridad del criterio asentado por el Tribunal Supremo¹⁰⁶.

Y es que, en un principio, el asunto era tratado como una cuestión incidental, que se resolvía atribuyendo la competencia al tribunal que había dictado la sentencia que contenía las medidas que se pretendían modificar; pero posteriormente se cambió de

¹⁰⁶ Véase el ATS sala 1ª de 10 de octubre de 2001 (EDJ 2001/98905); aunque con posterioridad cambió de criterio, en el ATS sala 1ª de 24 de octubre de 2002 (EDJ 2002/136497), que nuevamente se ve afectado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

criterio, al considerar que el procedimiento tenía sustantividad propia y que, por tanto, debían aplicársele las reglas del artículo 769.

En definitiva, lo que se pretende con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, es volver al criterio inicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, modificando para ello el mencionado artículo 775 y dejando claro que la solicitud de modificación ha de dirigirse al tribunal “que acordó las medidas definitivas”.

Sin embargo, después de dicha modificación, debemos hacer referencia al ATS sala 1ª de 11 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/205614), que se pronuncia sobre el reformado artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con un fundamento que podría aplicarse a algunas situaciones producidas por la modificación del punto 1.º de dicho artículo, efectuada por la Ley 42/2015, que entró en vigor el 7 de octubre de 2015. El alto tribunal sostiene que “una interpretación de las normas sobre competencia ajustada al principio constitucional de tutela judicial efectiva permite descartar inmediatamente en este caso el fuero de los juzgados de Guadalajara, pues obligar ahora a los litigantes a pleitear en esa ciudad cuando ambos residen en la localidad de San Sebastián de los Reyes carecería por completo de justificación legal y razonabilidad alguna”.

Este mismo criterio fue seguido por esta sala, entre otros, en el ATS de 4 de febrero de 2015 (EDJ 2015/12014), si bien la reforma no se encontraba todavía en vigor. La STS de 6 de julio de 2016 (EDJ 2016/111787), para el procedimiento de medidas cautelares relativo al artículo 158 del Código Civil, ha cuestionado abiertamente las normas de competencia fijadas en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo nuevamente como juez competente el del lugar de residencia del menor. En consecuencia, a pesar de la reciente reforma, nos encontramos con que algunos juzgados son reacios a aplicar el nuevo cambio legislativo.

En otro orden de cosas, el tenor del artículo 93.2 del Código Civil no permite establecer un límite de edad concreto para reclamar los alimentos de los hijos, sino que deben ser los propios juzgados los que determinen la fecha de su devengo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil que, en su apartado 1.º, establece que “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para

subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”¹⁰⁷.

Es evidente que se configura como una obligación legal y, por ello, sin perjuicio de que la misma se derive del hecho jurídico del nacimiento, sus efectos surgirán a partir de la fecha en la cual se inicie el ejercicio de la acción de reclamación de los alimentos¹⁰⁸.

¹⁰⁷ La STS sala 1ª de 5 de octubre de 1993 (EDJ 1993/8729) ha manifestado que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paternofilial, no ha de verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes. En la misma línea se sitúa la jurisprudencia menor, como la SAP Granada de 13 de enero de 2003 (EDJ 2003/48321), la SAP Almería de 5 de octubre de 2011 (EDJ 2011/332055) y la SAP Madrid de 14 de julio de 2015 (EDJ 2015/142971).

¹⁰⁸ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula el procedimiento de adopción de medidas provisionales y previas en sus artículos 771 a 773, en función de los que, normalmente, se adoptará la primera resolución sobre los alimentos de los hijos, tal y como se recoge en los artículos correspondientes:

Artículo 771. Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución: “1.º El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior. 2.º A la vista de la solicitud, el secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador. De esta resolución dará cuenta en el mismo día al tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno. 3.º En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que estos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial. 4.º Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquella, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno. 5.º Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio”.

Artículo 772. Confirmación o modificación de las medidas provisionales previas a la demanda, al admitirse esta: “1.º Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida esta, el secretario judicial unirá las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en tribunal distinto del que conozca de la demanda. 2.º Solo cuando el tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas ordenará que se convoque a las partes a una comparecencia, que señalará el secretario judicial y se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno”.

Artículo 773. Medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio: “1.º El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir

Según lo establecido en el artículo 148 del Código Civil, los alimentos se pueden reclamar desde que se necesiten, pero solo se abonarán a partir de la fecha en la que se interponga la demanda¹⁰⁹. Esta postura es ya admitida de forma pacífica por la

en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas. 2.º Admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil. 3.º Antes de dictar el tribunal la resolución a que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 771. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno. 4.º También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los apartados precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la vista principal, cuando esta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el tribunal por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista. Si la vista no pudiera señalarse en el plazo indicado, el secretario judicial convocará la comparecencia a que se refiere el apartado 3.º de este artículo. 5.º Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

¹⁰⁹ De Amunátegui, en su artículo “La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil”, dedica una profunda reflexión a la retroactividad de la pensión alimenticia con relación al ATC de 16 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/247661) –cuyo contenido es abordado en su trabajo–, que no permite al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo 1.º del artículo 148 del Código Civil cuando expresamente dispone que “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. Para De Amunátegui, los efectos retroactivos de los alimentos de los hijos deberían ir más allá del momento de interposición de la demanda, tal y como se recoge en el mencionado precepto del Código Civil. En su opinión, la redacción actual del artículo 148.1 restringe el contenido de la obligación de los progenitores de alimentar a los hijos durante su minoría de edad, consagrada en el artículo 39.3 de la Constitución; y considera que debe respetarse el principio del interés del menor, especialmente presente en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España. Para atender a dicho interés, De Amunátegui aconseja “una hermenéutica del artículo 148 del Código Civil más acorde con la protección de los valores que protege la Convención sin privar al menor del derecho a ser alimentado durante su minoría de edad”. Sin embargo, la jurisprudencia considera de forma pacífica que no existe ninguna duda sobre la obligación del pago desde el momento de presentación de la demanda, tal y como establece la STS de 14 de junio de 2011 (EDJ 2011/113789), que indica que “debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil”. Finalmente, De Amunátegui concluye que “la regla en cuestión no solo es preconstitucional, pudiendo considerarse tácitamente derogada respecto a las reclamaciones atinentes al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española, sino que forma parte de la redacción original del Código Civil, dirigiendo su ámbito de aplicación a una clase de obligaciones de fundamento, contenido y extensión diferentes a las que incumben a los padres respecto de sus hijos. En aquellos casos cobra pleno significado la limitación temporal y la negación del carácter retroactivo, apelando a que se trata de satisfacer alimentos presentes y futuros, no pretéritos, y al posible desconocimiento del deudor de la circunstancia de tener que atender a las mismas”. Y añade que “el Tribunal Supremo, a la hora de enjuiciar las demandas de alimentos a progenitores, en el marco de procedimientos matrimoniales y de reclamación de filiación, podría haber determinado no ser de aplicación la rigidez de lo dispuesto en el artículo 148.1 del Código Civil, por considerarlo contrario al cumplimiento de la obligación constitucional de alimentar a los hijos menores, pues repetidamente ha destacado la especialidad y diferencia del sustento de estos hijos frente a la obligación legal de alimentos entre parientes”. Cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al Auto del Tribunal

jurisprudencia y, en especial, por la del Tribunal Supremo que, entre otras sentencias, la recoge en la STS sala 1ª de 26 de octubre de 2011 (EDJ 2011/253606), la STS sala 1ª de 14 de junio de 2011 (EDJ 2011/113789), la STS sala 1ª de 30 de octubre de 2012 (EDJ 2012/237453) y la más reciente STS sala 1ª de 26 de marzo de 2014 (EDJ 2014/42773), que, de forma expresa, establece que “debe aplicarse a la reclamación de alimentos por los hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda”.

Queda claro, por tanto, que la retroactividad de la pensión alimenticia se pondrá en práctica en el momento de interposición de la demanda; pero dicha retroactividad solamente es aplicable a la primera resolución que fija el pago de la pensión, y en ningún caso se aplicará a las medidas posteriores de modificación de la cuantía.

Este principio es igualmente aplicable a la interposición de medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda, reguladas en los artículos 771 a 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, las medidas cautelares que tienen vigencia mientras se substancie la tramitación del procedimiento. De tal manera que es en la fecha del devengo cuando se debería empezar a abonar la pensión alimenticia, o sea a partir del auto en el cual se fijan las medidas provisionales o provisionales; pudiendo darse casos en que dicha pensión alimenticia se fije con anterioridad a la propia demanda, lo que contempla expresamente el artículo 106 del Código Civil, que regula las medidas provisionales en los siguientes términos: “los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

Además, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en esta”, lo que supone que las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dicten, sustituyendo a las anteriores.

Es especialmente gráfica la STS sala 1ª de 3 de octubre de 2008 (EDJ 2008/185044) que se refiere al artículo 148 del Código Civil como la norma para fijar la

Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 24-25 y 41-42.

retroactividad de los alimentos a la fecha de interposición de la demanda, aplicando esta retroactividad “solo a las resoluciones en que se fija por primera vez [la pensión], y no a las sucesivas modificaciones o supuestos de estimación de recursos”.

Del mismo modo, la STS sala 1ª de 6 de octubre de 2016 (EDJ 2016/171339) declara el carácter retroactivo de la pensión de alimentos de hijos menores, “con efectos desde la interposición de la demanda, cuando no consta, en procedimientos matrimoniales, que se fijaran pensiones en las piezas separadas de medidas provisionales. La sentencia que los concede se considera como si los instaurara por primera vez, descontando lo que el progenitor deudor hubiese abonado desde la demanda”.

La misma línea sostiene la jurisprudencia más actual en sentencias como la STS sala 1ª de 26 de marzo de 2014 (EDJ 2014/42773) o la STS sala 1ª de 23 de junio de 2015 (EDJ 2015/111115), cuando, al tratar de afinar aún más la cuestión, afirma que “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”. En términos semejantes se manifiesta la STS sala 1ª de 25 de octubre de 2016 (EDJ 2016/188971).

El fundamento se encuentra en el artículo 106 del Código Civil, que habla de “sustitución” de efectos, y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice que “los recursos [...] no suspenderán la eficacia de las medidas”, lo que justifica la afirmación de que cada resolución despliega su eficacia desde la fecha en que se dicte, pudiendo imponerse el pago únicamente desde la fecha de interposición de la demanda, pues hasta ese momento no estaba reclamada ni determinada la obligación.

Como argumento en contrario, también cabría señalar que se vería atacado el principio de seguridad jurídica si se pretendiese la devolución o el pago por diferencias de las pensiones relativas a las reclamaciones que persiguen modificar al alza o a la baja la resolución que fija la pensión alimenticia. Esto es así porque las resoluciones de los pleitos de familia despliegan sus efectos desde que se dictan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se solicita la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el anterior pleito de divorcio.

La jurisprudencia menor, siguiendo al Tribunal Supremo, fija dicha retroactividad exclusivamente para la primera petición de alimentos, tal y como reflejan, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 de octubre de 2011 (EDJ 2011/308221), la SAP Guadalajara de 10 de abril de 2012 (EDJ 2012/72583), la SAP Guipúzcoa de 3 de julio de 2012 (EDJ 2012/377863) o la más reciente SAP Huelva de 11 de marzo de 2015 (EDJ 2015/81858), que estima procedente recordar la normativa procesal sobre la materia prevista en el Capítulo IV, sobre procesos matrimoniales y de menores, del Título Primero del Libro IV, sobre procesos especiales, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, en relación directa con el artículo 774 de dicho Capítulo IV, establece que “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en esta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”.

Esto quiere decir que las medidas establecidas en la sentencia de primera instancia deben ser cumplidas conforme a lo dispuesto en la misma. Despliegan, por tanto, toda su eficacia desde que la sentencia ha sido dictada, sin perjuicio de que se haya interpuesto recurso, ya que este no suspende la eficacia de las medidas acordadas en la misma.

Lo anterior se pone de manifiesto, en este caso, en la mencionada SAP Huelva de 11 de marzo de 2015 (EDJ 2015/81858) cuando sostiene que “[...] los alimentos deberán abonarse desde que se ha dictado la sentencia de la primera instancia, la cuantía de los alimentos en ella fijados son los que el alimentante está obligado a satisfacer con carácter mensual y en el término que en el fallo se establece. Y, si son modificados por la sentencia de la apelación, será a partir de la fecha de esta cuando entre en vigor lo que en la misma se establezca como modificado”.

Es importante añadir que en esta materia de medidas no hay ejecución provisional, sino que directa e inmediatamente son ejecutables las medidas establecidas en la sentencia de primera instancia, y la interposición del recurso de apelación no suspende su eficacia, como de modo claro y preciso dispone el citado artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las medidas en vigor serán las establecidas en la sentencia apelada y su ejecución, de carácter inmediato, por cuanto la interposición del recurso de apelación no

tendrá efecto suspensivo alguno sobre las medidas acordadas –en este caso, los alimentos– por especial disposición de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, en la analizada sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva en virtud de la cual se acuerda el aumento del importe de los alimentos de los hijos de los 300 euros anteriores a los 500 actuales, este incremento que se efectúa en la sentencia de apelación “no tiene efecto retroactivo, por cuanto no se trata de que las sumas percibidas lo hayan sido en el ámbito de una ejecución provisional, que para el caso de revocación de la de primera instancia impone la obligación de devolver en lo que haya sido modificada la prestación (artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la ejecución inmediata y directa de lo establecido en el ámbito de las medidas”.

Consecuentemente, el padre tiene que satisfacer por alimentos al hijo los 500 euros establecidos “a partir de la sentencia de apelación, y cuyos efectos solo son exigibles a partir del mes siguiente, por cuanto respecto del mes en curso es de aplicación la cuantía anterior, dado que tales sumas se establecen por mensualidades y con carácter anticipado”.

Es evidente que esta situación no es asimilable ni puede confundirse con aquellos supuestos en los que se pide la suspensión temporal de la pensión de alimentos por la carencia absoluta de ingresos del padre. Ni tampoco con la modificación de medidas, que solo podrá tener efectos desde la fecha en que se dicte la sentencia, y nunca desde la fecha de interposición de la demanda¹¹⁰.

Sin embargo, en nuestra opinión, el tratamiento de estos principios que se lleva a la práctica, aplicando el carácter retroactivo de la pensión alimenticia al momento de interposición de la demanda, genera situaciones de tremenda injusticia, teniendo en cuenta los enormes retrasos que, en ocasiones, se producen en la tramitación de los procedimientos judiciales, lo que supone que una resolución judicial pueda tardar varios meses en dictarse.

¹¹⁰ En relación con la modificación de medidas, podemos citar la SAP Asturias de 23 de junio de 2014 (EDJ 2014/108953), que “mantiene el divorcio y demás medidas pero modifica el carácter retroactivo del pago de la pensión de alimentos. Señala la Sala que el efecto retroactivo del pago de la pensión solo está previsto para la reclamación de los alimentos, no para la modificación de una medida que ya estaba acordada en la sentencia de separación matrimonial”.

La SAP Sevilla de 20 de mayo de 2014 (EDJ 2014/184204) se refiere a la suspensión temporal de la pensión y considera que “la acreditada carencia absoluta de ingresos por parte del progenitor no custodio justifica la suspensión de la obligación alimenticia mientras aquella se mantenga. La suspensión tendrá efectos desde la fecha de la sentencia sin que sea posible retrotraerlos a la interposición de la demanda”.

No es de recibo que, moviéndonos en el ámbito de la economía doméstica, se pueda agravar la situación económica de uno de los justiciables porque, como consecuencia de un mal funcionamiento de la administración de justicia, el auto de medidas provisionales o una sentencia de separación, de divorcio o de medidas paternofiliales pueda tardar varios meses en dictarse desde que se interpuso la demanda. Ello no puede suponer que, de forma automática, una vez dictada, se obligue al padre a abonar todas las cantidades no pagadas, o incluso la diferencia entre lo que venía pagando y lo que fija la sentencia, con carácter retroactivo.

Dicho reconocimiento, en muchas ocasiones, puede vulnerar el principio de equidad y el derecho de defensa del deudor. En primer lugar, porque, desde un punto de vista práctico, habrá de pensarse si el deudor se opone a las pretensiones del progenitor que reclama anticipándose a las posibles consecuencias de una eventual sentencia contraria a sus intereses –que con toda seguridad se dictará varios meses más tarde– al tener que pagar las mensualidades de la pensión alimenticia no desde el momento en que se dicta la sentencia, sino desde el momento en que se interpone la demanda.

Esta situación puede suponer, además, que se pongan en peligro las pensiones alimenticias mensuales que se vayan a devengar en el futuro, al quedar seriamente dañado el caudal del progenitor, pues puede quedar endeudado desde el mismo momento en que se dicte la resolución, como consecuencia de la “condena al pago” de los atrasos de pensiones de varios meses atrás derivados, a su vez, del retraso en la tramitación del procedimiento.

Es evidente, por tanto, que –sin perjuicio de la defensa que de los intereses de los hijos deba hacerse como una cuestión de orden público– el juez deberá matizar esta obligación retroactiva al fijar las pensiones alimenticias; máxime en los supuestos en los que se haya producido un retraso en la tramitación del procedimiento. Tampoco puede obviar el juez aquellos casos en los que el progenitor no custodio encuentra ya grandes dificultades para hacer frente a las mensualidades corrientes, como para tener que abonar además los atrasos derivados, en ocasiones, de causas ajenas a su responsabilidad, o de su oposición a las pretensiones del progenitor acreedor de las mismas, en el legítimo ejercicio de su derecho a la defensa.

Por tanto, se antoja imprescindible que la aplicación de dicho artículo 148 del Código Civil se haga con un carácter restrictivo, debiendo exigirse la facultad

moderadora por parte del juez a la hora de fijar las pensiones alimenticias de los hijos con carácter retroactivo.

Para ello, deberán aplicarse determinados criterios para acordar que se retrotraiga el pago de la pensión al momento de interposición de la demanda, entre los que estaría el hecho de que se hubieran generado deudas para el progenitor acreedor como consecuencia del abandono de la obligación de manutención por parte del progenitor deudor, y que estas puedan tener incidencia en los gastos ordinarios.

Por otro lado, se debería tener en cuenta que se hubieran generado deudas a partir del momento en que se produjo la crisis familiar –por recibos impagados en el colegio, en las actividades o que afecten a la manutención, o incluso deudas relacionadas con los gastos de vivienda, independientemente de su carácter ganancial o privativo– que puedan achacarse a una conducta culpable del obligado al pago, ya que la ruptura familiar o el abandono del domicilio no le eximen de la obligación para con los hijos.

Finalmente, habría que valorar que se hubiera acreditado una mala fe objetiva que conllevara el abandono de las obligaciones respecto de sus hijos, o que se probase que el deudor tiene una capacidad económica superior a la declarada y un claro ánimo de ocultación.

Sin perjuicio de lo manifestado con anterioridad, es indudable que se atacan las garantías procesales en aquellos supuestos en los que existe una controversia por la diferencia de las pensiones y el juez obliga a pagar la cuantía fijada en sentencia desde el inicio de la reclamación judicial; lo que ha ocurrido en más de un caso concreto en sede de medidas provisionales¹¹¹, cuyo auto de fijación de las mismas –concretamente, las pensiones alimenticias que deben pagarse durante la tramitación del procedimiento– es irrecurrible, lo que hace que dicha resolución sea de inmediato y obligado cumplimiento, causando un grave perjuicio al progenitor deudor de las pensiones.

Finalmente, dentro de este apartado debemos hacer referencia al nuevo procedimiento que otorga competencia a notarios y secretarios judiciales para aprobar

¹¹¹ Sirva como ejemplo el Auto de medidas provisionales dictado por el juzgado de primera instancia número 79 de Madrid, con fecha de 24 de enero de 2014, referido al procedimiento de medidas provisionales del divorcio 988/2013, en el cual el autor de esta tesis ejerció como abogado del demandado, quien, al dictarse el auto un año después de la fecha de interposición de la demanda, se vio incapaz de hacer frente a las pensiones alimenticias, por lo que se instó la correspondiente ejecución contra su patrimonio ante la situación de insolvencia, para hacer frente a las obligaciones alimenticias retrotraídas a un año antes.

convenios de mutuo acuerdo, constituyendo una de las muchas novedades que contiene la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor el 23 de julio de 2015, dando la posibilidad de que los cónyuges puedan separarse o divorciarse acudiendo al notario a otorgar una escritura pública, o bien prestando su consentimiento ante los secretarios judiciales, siempre y cuando la separación o el divorcio sean de mutuo acuerdo y no existan hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha modificado o derogado numerosos artículos tanto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como del Código Civil. Por lo que respecta a aquello que afecta a los alimentos de los hijos, se han modificado los artículos 82, 83, 84, 89, 90, 95, 97, 99, 100 y 107 del Código Civil.

Por lo tanto, según esta nueva normativa, la escritura pública se compondrá de una declaración de los cónyuges de su voluntad de separarse o divorciarse, así como del convenio regulador de la separación o del divorcio que se registrará, además de por las nuevas redacciones de los artículos 82, 83, 87, 89 y 90 del Código Civil, por el nuevo artículo 54 de la Ley del Notariado y por el artículo 61 reformado de la Ley del Registro Civil, todos ellos según la redacción que les da la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Del análisis de la reforma se deduce que los cónyuges deben intervenir en el otorgamiento “de modo personal”, según lo establecido en el artículo 82 del Código Civil, debiendo acudir los dos a la vez a firmar la escritura y siendo preceptiva la intervención del abogado.

Tal y como se recoge en los artículos 82 del Código Civil y 54.2 de la Ley del Notariado, a la hora de firmar la escritura de divorcio, los cónyuges mismos –y no sus representantes– pueden consultar, hablar y negociar lo que sea preciso del convenio –donde, entre otros aspectos, se regulará la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad–, sobre todo entre sí, pero asesorados por el abogado; siendo necesario, en principio, que conste la firma de los abogados en la escritura para acreditar tal asesoramiento.

En dicho documento habrá de incorporarse o transcribirse el convenio regulador, incluyendo, al menos, los puntos que indica el artículo 90 del Código Civil. Resulta difícil entender que el legislador haya facultado a los notarios para valorar el contenido

del convenio donde se recogerán las pensiones alimenticias, función que se atribuye al fedatario público en el párrafo 2.º de este mismo artículo, que establece que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el secretario judicial o notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta del convenio regulador”. En los mismos términos se refiere este precepto a los secretarios judiciales, hoy denominados “letrados de la administración de justicia”.

A los notarios se les otorgan funciones cuasi jurisdiccionales cuando se afirma que también deben valorar los pactos contenidos en los convenios que se presenten ante ellos y que, si consideran que algo puede ser perjudicial para uno de los cónyuges o para alguno de los hijos afectados, deben advertirlo, dando por terminado el expediente y no formalizando la escritura de separación o divorcio de mutuo acuerdo, debiendo en ese caso las partes acudir al juzgado.

El gran problema que nos encontramos y que afecta de forma directa al tratamiento de las pensiones alimenticias de los hijos es que se sacan del ámbito de la homologación judicial aspectos de enorme relevancia desde el punto de vista de la interpretación jurídica, como la negociación de las pensiones alimenticias, dotando a los fedatarios públicos de funciones jurisdiccionales.

Esto supone que algunos especialistas¹¹² consideren necesaria la creación de un instrumento que se encargue de contrastar especialmente el control notarial o del secretario judicial, y que ofrezca diferentes soluciones judiciales al establecimiento de las pensiones alimenticias, pues la normativa vigente no impide a los cónyuges acudir a otro notario o juzgado a probar mejor suerte, sin que el juez llegue a conocer el contenido del convenio.

Otra cuestión que se ha planteado es si existe la necesidad de que los hijos ratifiquen el convenio regulador, lo que puede suponer una gravísima intromisión en el procedimiento de separación o divorcio, pues tal y como se recoge en el artículo 82 del Código Civil, en caso de que haya hijos mayores de edad o emancipados, “deberán otorgar el consentimiento [...] respecto de las medidas que les afecten por carecer de

¹¹² MOYA MEDINA, Susana, “Sobre la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Abogados de Familia*, núm. 77, noviembre de 2015, p. 4.

ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”, lo que de forma directa afecta a las posibles prestaciones alimenticias.

6. LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS: SUS DIFERENCIAS

Como ya hemos indicado, la pensión alimenticia se fija con la intención de cubrir las necesidades de manutención, vestido, asistencia médica, educación y formación de los hijos. Ahora bien, en muchas ocasiones el desarrollo físico, social o educativo de los hijos genera otros gastos que no han sido previstos inicialmente en la cuantía establecida en concepto de alimentos, por lo que es necesario fijar una contribución complementaria de cada progenitor para cubrir dichos gastos.

Estos gastos extraordinarios, a pesar de tener un marcado carácter alimenticio, se caracterizan, como su propio nombre indica, por ser distintos de los ordinarios y habituales¹¹³, al devengarse de las necesidades de los hijos de manera excepcional, eventual y, muchas veces, no previsible. Estos gastos extraordinarios pueden llegar a tener un coste económico considerable.

Para encontrar el fundamento legal de estos gastos extraordinarios, debemos acudir a los mismos preceptos que permiten establecer la pensión alimenticia ordinaria, por lo que, una vez más, tenemos que hacer referencia al artículo 39.3 de la Constitución Española, que establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; por otro lado, también hay que tener presente el artículo 154 del Código Civil –reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia–, donde se preceptúa que los padres están obligados a alimentar, educar y procurar una educación integral a sus hijos menores, por lo que muchos de estos gastos estarán regulados por los citados artículos.

La obligación de atender los gastos extraordinarios de los hijos recae sobre ambos progenitores, sin que la separación o el divorcio de estos implique modificación

¹¹³ En esta línea se han pronunciado, entre otras, la SAP Barcelona de 29 de junio de 2009 (EDJ 2009/220150) y la SAP Jaén de 13 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/300581), que “estima el recurso de apelación interpuesto por el padre y reduce la pensión alimenticia a favor de los dos hijos menores y a su cargo, así como también el pago de los gastos extraordinarios que establece al 50 % entre ambos progenitores. Señala que la pensión alimenticia a favor de los hijos debe ser proporcional al caudal y medios de quien la da y a las necesidades de quien la recibe”.

alguna de la obligación, tal y como indica el artículo 92 del Código Civil. Por ello, la circunstancia de que los hijos –sean mayores o menores de edad– estén conviviendo con un solo progenitor, no implica que sea este el que tenga que abonar los gastos en su integridad, ya que al estar comprendidos dentro del artículo 142 del Código Civil es obligación de ambos progenitores subvenir a todas las necesidades de los hijos, en virtud de lo establecido en los artículos 92 y 93 del Código Civil.

Esto conduce a que, en la práctica, tanto las resoluciones judiciales como los convenios reguladores firmados entre las partes incluyan la cláusula relativa al pago de estos gastos extraordinarios, estableciendo que sean sufragados a partes iguales por ambos progenitores o en la proporción que –en función de los ingresos de cada uno de ellos– se estime más adecuada en cada caso concreto. La inexistencia de dicha cláusula no tendrá ninguna trascendencia a la hora de determinar la obligación de los progenitores de abonar estos gastos¹¹⁴.

En los gastos extraordinarios deberán incluirse todos aquellos que sean necesarios o convenientes, que no sean sufragados por los sistemas públicos de enseñanza, salud, etc., y que, además, supongan un importante desembolso para los padres.

La abundante casuística ha sido reconocida por la mayoría de la jurisprudencia menor¹¹⁵, que se muestra unánime en sus manifestaciones al hacer constar la enorme

¹¹⁴ Sirvan como ejemplos la SAP Alicante de 22 de febrero de 2001 (EDJ 2001/14794), que dicta que “la omisión de cualquier referencia a los gastos extraordinarios dentro del convenio regulador no puede interpretarse como una total exoneración del padre frente a estos gastos”; la SAP Sevilla de 20 de febrero de 2003 (EDJ 2003/79292) considera que “es obligación paterna el pago de gastos extraordinarios de los hijos aunque no se recoja expresamente en la resolución judicial”, o la SAP Valencia de 5 de marzo de 2003 (EDJ 2003/33755), que resuelve que “aunque no se haya establecido nada al respecto en la sentencia, los gastos extraordinarios deben abonarse por mitad por ambos progenitores”.

¹¹⁵ Aunque la pensión alimenticia se fija con la intención de cubrir las necesidades de manutención, vestido, asistencia médica, educación y formación de los hijos, en ocasiones, de manera extraordinaria, el desarrollo físico, social o educativo de los hijos comunes genera otros gastos que no han sido previstos inicialmente en la cuantía establecida para la pensión, por lo que es necesario fijar la contribución de cada progenitor al pago de dichos gastos. Estos gastos extraordinarios, como su propio nombre indica, son distintos de los ordinarios y habituales, y nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, que, por tanto, no pueden incluirse en la pensión de alimentos ordinarios, a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrio o sin perjuicio de su respectiva contribución. No es fácil hacer enumeraciones o clasificaciones de los gastos extraordinarios, sino que lo más efectivo y práctico es examinar caso por caso qué gastos merecen la calificación de extraordinarios con arreglo al concepto mayoritariamente aceptado. Dentro de ellos deben incluirse todos aquellos gastos que sean necesarios o convenientes y que no sean sufragados por los sistemas públicos de enseñanza, salud, etc., y que en ocasiones son de cuantía bastante elevada. En este sentido se pronuncian la SAP Guipúzcoa de 8 de julio de 2009 (EDJ 2009/285195), la SAP Zamora de 18 de abril de 2000 (EDJ 2000/12633), la SAP Cantabria de 23 de abril de 2002 (EDJ 2002/26991), la SAP Madrid de 10 de mayo de 2002 (EDJ 2002/41998), la

dificultad que supondría elaborar una lista cerrada de gastos extraordinarios; sin perjuicio de que en la práctica una serie de ellos, incluidos en la excepcionalidad, se presenten con mayor frecuencia, como pone de manifiesto la SAP Badajoz de 30 de junio de 2014 (EDJ 2014/124508), “en lo que se refiere a gastos médicos, clínicos, farmacéuticos de elevado coste, tratamientos médicos o de cualquier clase, de carácter físico, psiquiátrico, psicológico, de rehabilitación, [...] de material que exige la salud e integridad física de los hijos, actividades extraescolares de alto coste, etc., todo ello en proporción al nivel de vida que haya podido mantener la familia”.

Por otra parte, en el Código Civil no existe una noción legal para el concepto de “gastos extraordinarios”; es la jurisprudencia la que ha configurado la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, poniendo en relación ambas figuras con el concepto y el contenido de la obligación de alimentos recogida en los artículos 93, 142 y 154 del Código Civil.

De esta manera, cuando se fija la pensión alimenticia de los hijos se tiende a incluir en ella todos los gastos ordinarios, entendidos como aquellos necesarios habituales, previsibles y corrientes referidos al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, y, en su caso, embarazo y parto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil.

Todos los demás gastos que hayan de acometerse, ya sean convenientes pero no necesarios, o atiendan incluso a otras finalidades de mero recreo, diversión o placer, tienen la consideración de extraordinarios; permitiéndose el pacto entre los cónyuges para fijar lo que entra dentro de esta parcela de gasto. Sin perjuicio de la discusión acerca de si su naturaleza es alimenticia o no, la ausencia de pacto haría que estos gastos quedaran fuera de la pensión de alimentos.

Estos pactos sobre qué gastos tienen la consideración de extraordinarios deberán fijarse con carácter previo –cuando se negocie el convenio regulador de separación, divorcio, nulidad o medidas paternofiliales– o bien, en caso de que dicho gasto no esté previsto en el convenio, deberá llegarse a un acuerdo sobre el gasto en cuestión en el momento en que se produzca –generándose en este caso una obligación exigible. En caso de que las partes no llegasen a un acuerdo, habrían de solicitar al juez que se pronunciase al respecto.

SAP León de 21 de marzo de 2011 (EDJ 2011/89078), la SAP Toledo de 28 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/229091) y la SAP Barcelona de 22 de febrero de 2011 (EDJ 2011/77655).

La jurisprudencia menor más actual¹¹⁶ define los gastos extraordinarios como aquellos que “no tienen periodicidad prefijada en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo de estar vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que obviamente puede prescindirse sin menoscabo para el alimentista”.

Sin embargo, en oposición a lo anteriormente dicho, existen otras resoluciones¹¹⁷ para las que resulta evidente que el abono de estos gastos –considerados extraordinarios pero necesarios– no puede quedar supeditado a la existencia de un acuerdo previo entre las partes, que en muchos casos será de difícil o imposible consecución.

De hecho, lo primero podría dar lugar a que cada uno de los cónyuges vetara el abono de gastos que, a pesar de ser extraordinarios, resultaran indispensables –del mismo modo que los ordinarios– para el cuidado y la atención de los hijos sometidos a la patria potestad. Por el contrario, la segunda opción supone que, para el devengo de los gastos extraordinarios, se considere suficiente su simple comunicación al otro progenitor, debiendo costearse a medias salvo que existan razones especiales que determinen otra distribución, como la aplicación del artículo 152 del Código Civil, que se refiere a la carencia de recursos para satisfacerlos “sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Por otra parte, no todos los gastos extraordinarios se pueden incardinar en los “imprevistos”, ya que pueden referirse a situaciones previsibles que, sin embargo, excedan a los gastos ordinarios que pueden ser cuantificados periódicamente en forma de pensión alimenticia a favor de los hijos.

6.1. Normativa aplicable

La normativa que resulta aplicable a los gastos extraordinarios que por su cuantía no pueden cubrirse con el importe de la pensión de alimentos mensual fijada judicialmente tiene su fundamento en el mismo artículo 39 de la Constitución Española, que establece

¹¹⁶ Entre otras, la SAP Valencia de 27 de junio de 2011 (EDJ 2011/200686), la SAP Madrid de 4 de febrero de 2011 (EDJ 2011/35544) o la SAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/36452).

¹¹⁷ Como la SAP Teruel de 18 de marzo de 2014 (EDJ 2014/57978).

que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos”, y que debe aplicarse en relación con los artículos 93, 142, 143 y 154 del Código Civil.

Los artículos 143 y 154 del Código Civil imponen a los progenitores la obligación de alimentar, educar y procurar una formación integral a sus hijos; y, en consonancia con esta prestación alimenticia, el artículo 93 del Código Civil ordena al juez que adopte cuantas medidas estime convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de la pensión de alimentos a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Así, la cuantía de la pensión alimenticia –fijada a cargo del progenitor no custodio– debe garantizar una existencia digna y cubrir las necesidades de los hijos en todos los órdenes de la vida, para lo cual resulta de especial consideración el artículo 142 del Código Civil, que incluye en el concepto ordinario y general de los alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista. En consonancia con esta disposición, todos aquellos gastos no incluidos en este apartado serán considerados gastos extraordinarios.

Según se recoge en el artículo 145 del Código Civil, cuando recae sobre dos personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Los gastos extraordinarios, al no estar exceptuados del mismo régimen que regula la obligación de alimentos contenida en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, podrán distribuirse proporcionalmente en función del caudal de cada uno de los progenitores. En consecuencia, podemos encontrar resoluciones judiciales que, en ocasiones, carguen sobre un progenitor la totalidad de los gastos extraordinarios; otras en las que se aplique un porcentaje mayor – el 80, el 70 o el 60 %– a uno de ellos, y otras, las más comunes, en las que la contribución de ambos progenitores se haga al 50 %. Lo anterior se pone de manifiesto, entre otras sentencias¹¹⁸, en la SAP Cáceres de 6 de mayo de 2016 (EDJ 2016/87724)

¹¹⁸ La SAP A Coruña de 15 de junio de 2015 (EDJ 2015/106363) indica que, “teniendo en cuenta la disparidad de ingresos entre ambos progenitores, la contribución a los gastos extraordinarios será del 90 % para el padre y del 10 % para la madre”.

La SAP Guipúzcoa de 27 de julio de 2015 (EDJ 2015/275620) resuelve: “Se admite la contribución de los gastos extraordinarios por entender que no ha tenido en cuenta que la Sra. Vanesa gana una tercera parte de lo que gana el Sr. Samuel, y que eso se traduce en la proporción solicitada del 70 % al padre y del 30 % a la madre. Asimismo, se alega que la recurrente detalló en su demanda (debe entenderse contestación) cuáles eran los gastos extraordinarios y la juzgadora de instancia ni los menciona en la resolución recurrida ni razona por qué no lo hace, entendiéndose la recurrente que deben quedar expresamente incluidos y como tales gastos extraordinarios de salud todos los no incluidos en la Seguridad Social, como las ortopedias, oculistas (gafas, lentillas, etc.), ortodoncias, logopedas, etc., y

que, tras distinguir el concepto de “gastos extraordinarios” del de “alimentos” conforme a lo contemplado en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (EDL 1889/1), dicta: “Estos gastos extraordinarios no responden a todo lo que fuera indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, sino que alcanzan a otras prestaciones económicas puntuales, imprevisibles e inusuales (en definitiva, extraordinarias) a las que los progenitores tienen que subvenir necesariamente porque benefician al acreedor de la prestación –habitualmente, los hijos habidos en el matrimonio o, en su caso, no matrimoniales–, y, de hecho, la práctica totalidad de las resoluciones judiciales matrimoniales o de derecho de familia contemplan en concreto este concepto y –también habitualmente– la obligación de ambos progenitores de satisfacerlos, bien por mitad o por iguales partes (que es la regla general), o bien en proporción a la capacidad económica de cada progenitor. Resulta procedente, pues, que, en el supuesto que se examina, los progenitores contribuyan a la satisfacción de los gastos extraordinarios de la hija menor por mitad (o por iguales partes) porque constituye una decisión sustantivamente correcta en la medida en que responde a parámetros ponderados, equitativos y de estricta justicia ante la existencia de gastos de esta naturaleza que exigen que se satisfagan con el concurso paritario de ambos progenitores al margen o con independencia de la pensión alimenticia fijada a favor de la hija habida en el matrimonio; sin que resulte procedente efectuar ningún tipo de aclaración sobre qué gastos tienen la condición de extraordinarios y cuáles no la tienen, sobre todo cuando ya se contempla un proceso específico en el artículo 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463)”.

Sin embargo y a pesar de su raíz común, en la práctica va a tener una gran trascendencia la distinción ente gastos ordinarios y extraordinarios, especialmente en el ámbito de la reclamación judicial, siendo importante tener en cuenta si tales gastos entran dentro del concepto de alimentos –en caso de que sean de extrema urgencia o necesidad– o si se refieren a aquellos gastos no necesarios, accesorios o suntuarios que no han sido adoptados de mutuo acuerdo, es decir, de cuya existencia no se haya puesto

como extraordinarios de educación todos aquellos generados por los menores tras el horario escolar (como clases de inglés) o en el horario escolar, que no estén incluidos en la cuota mensual y que hayan sido acordados por ambos progenitores o prescritos por profesionales como los tutores de los menores o especialistas médicos, terapéuticos, etc., y los extraordinarios de ocio, tales como campamentos de verano, viajes para estudiar idiomas, etc.”.

Y la SAP Madrid de 3 de febrero de 2015 (EDJ 2015/26096), que, “en atención a las concretas circunstancias concurrentes en el panorama de esta familia, atribuye al padre la obligación de abonar todos los gastos extraordinarios y universitarios de la hija, habida cuenta de su capacidad económica, y la carencia de recursos y medios por parte de la madre”.

en conocimiento al otro progenitor, lo que sin duda puede dar lugar a la desestimación de la cantidad reclamada.

Debemos destacar la importante novedad que supuso la reforma introducida en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la aplicación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que añade un apartado 4.º a este precepto que señala expresamente: “Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes [de la Ley de Enjuiciamiento Civil] y que resolverá mediante auto”.

Sin perjuicio de las repercusiones procesales, esta novedad supone introducir un pronunciamiento declarativo sobre qué gastos extraordinarios deben ser financiados por ambos progenitores, en caso de que no hubieran sido pactados con anterioridad o fijados judicialmente, lo que, lógicamente, los reducirá a aquellos gastos que tengan carácter excepcional y que se salgan de lo común, corriente y cotidiano –que es lo que cubre la pensión alimenticia ordinaria y periódica.

Igualmente, solo podrán reclamarse aquellos gastos que no sean periódicos y previsibles en el momento de la fijación de la pensión, o los que sean necesarios para los intereses del alimentista –que no obedezcan a meros caprichos y arbitrariedades de quien los intenta imponer–, debiendo esos gastos acomodarse a las circunstancias económicas, recursos y capacidad de ambos progenitores, a quienes incumbe la cobertura de las necesidades alimenticias de los hijos.

6.2. Ámbito de los gastos extraordinarios

Como hemos puesto de manifiesto, resulta imposible establecer una tabla o catálogo de posibles gastos educacionales, médicos o de ocio que excedan de lo habitual, lo que dará lugar a que deba ser el propio sentido común el que determine en cada caso y en

atención a las circunstancias concurrentes si se trata de un gasto habitual o de uno extraordinario.

Sin embargo, a pesar de la amplitud de la casuística en la jurisprudencia menor, se hace imprescindible establecer una clasificación, por limitada que sea, con el objetivo de determinar el ámbito de importancia y exigibilidad de estos gastos, así como –dada la raíz común de ambos gastos– de poder diferenciarlos de los alimentos ordinarios. Para ello, trataremos de distinguirlos atendiendo a la terminología utilizada de manera continuada en la práctica forense de juzgados y tribunales, por lo que los clasificaremos en gastos necesarios, gastos no necesarios y gastos accesorios o suntuarios.

6.2.1. Gastos necesarios

Los gastos necesarios son aquellos gastos imprescindibles o que, cuando menos, gozan de especial importancia, y normalmente estarán vinculados a sucesos no previstos tales como enfermedades, operaciones quirúrgicas o tratamientos médicos importantes que, sin duda, deben ser cubiertos por los padres. Es evidente que poca controversia puede surgir en relación a la exigibilidad de los mismos, si bien, en la mayoría de las ocasiones, estos tratamientos se encuentran parcial o totalmente cubiertos por la Seguridad Social española o, en su caso, por un seguro médico-asistencial privado suscrito por las partes. Lo que sin duda van a generar estas coyunturas es otro tipo de gastos paralelos, como pueden ser las medicaciones o las rehabilitaciones.

Frecuentemente, estos gastos necesarios incluyen otros gastos médicos que, sin ser de máxima urgencia, también deben tener la consideración de necesarios. Nos estamos refiriendo a los gastos derivados de los tratamientos odontológicos, como aparatos de ortodoncia, endodoncias, prótesis dentales y otros, que en la mayoría de los casos no se encuentran cubiertos por la Seguridad Social y que, por tanto, también deberán ser sufragados por los progenitores, tal y como se ha puesto de manifiesto en la mayor parte de la jurisprudencia menor¹¹⁹, de la que aportamos algunos ejemplos que

¹¹⁹ En este sentido, la jurisprudencia menor se pronuncia en relación a los gastos de ortodoncia, que no están cubiertos por un seguro médico, calificándolos como socialmente imprescindibles y clínicamente obligados –es el caso de la SAP Cáceres de 31 de marzo de 1998 (EDJ 1998/12905)–, sin que sea posible incluir este tipo de gastos en la pensión de alimentos pues, como afirma la SAP Madrid de 24 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/50883), esta se encuentra destinada a satisfacer las necesidades cotidianas y ordinarias del beneficiario del derecho. En esta misma línea se pronuncian la SAP Madrid de 27 de noviembre de 1998 (EDJ 1998/39446), la SAP Murcia de 7 de mayo de 2002 (EDJ 2002/32000), la SAP Madrid de 2 de abril de 2003 (EDJ 2003/66712) y la SAP Barcelona de 27 de julio de 2012 (EDJ 2012/179511).

constituyen una muestra de la pacífica doctrina al respecto. La SAP Baleares de 4 de septiembre de 2015 (EDJ 2015/161948) reconoce “la admisibilidad como gasto extraordinario del pago del 50 % de la cantidad que se abone a una tercera persona para que atienda al menor, dada la enfermedad que el mismo padece. Los gastos ocasionados por la compra del audífono para el hijo tienen la consideración de gasto extraordinario”.

La SAP Madrid de 14 de julio de 2015 (EDJ 2015/142971) y la SAP Cádiz de 23 de octubre de 2015 (EDJ 2015/251486) indican que “los gastos de ortodoncia tienen la consideración de extraordinarios”; al igual que la SAP Murcia de 5 de abril de 2016 (EDJ 2016/55360): “los tratamientos dentales de los hijos tienen la consideración de gastos extraordinarios”. Del mismo modo, la SAP Cáceres de 6 de mayo de 2016 (EDJ 2016/87724) admite “el carácter extraordinario de los gastos de gafas y gastos por diagnóstico bucofacial y exploración radiológica”. La SAP Almería de 9 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/206131) añade que “los gastos ocasionados por asistencia del hijo a la consulta de un psicólogo privado para el tratamiento de su nerviosismo y su inadaptación escolar tienen el carácter de extraordinarios y no están comprendidos dentro del concepto amplio de alimentos”. Y, en cuanto a los medicamentos, la SAP A Coruña de 11 de julio de 2014 (EDJ 2014/134556) especifica que “los gastos de medicamentos no tienen la consideración de extraordinarios salvo que se acredite que el hijo ha necesitado una medicación especial”.

No todos los gastos considerados como necesarios, urgentes o imprescindibles deben estar vinculados necesariamente con las necesidades médicas, que parecen ofrecer poca discusión en juzgados y tribunales. Estos otros gastos, aun no teniendo la misma transcendencia que los que afectan a la salud de los hijos, se consideran de enorme importancia al encontrarse estrechamente unidos a los de educación y formación, que, como hemos visto, suelen ser objeto de mayor controversia; si bien existen múltiples pronunciamientos judiciales¹²⁰ que consideran gasto extraordinario necesario “todo aquel gasto en materia de educación que, no teniendo el carácter de periódico o habitual antes referido, sea imprescindible para la educación del menor, entendiéndose en este último caso por imprescindible que coadyuve a la superación de los cursos de forma satisfactoria [...]”.

¹²⁰ Como la SAP Toledo de 16 de octubre de 2013 (EDJ 2013/229428) y la SAP Barcelona de 18 de octubre de 2013 (EDJ 2013/224387).

La SAP Huelva de 17 de octubre de 2014 (EDJ 2014/260302) es la que mejor determina y mayor alcance da a los gastos extraordinarios, al incluir todos aquellos que “no sean previsibles [pero] sean necesarios para la educación, vestido, habitación o asistencia médica del beneficiado por la pensión alimenticia”, y teniendo en cuenta, además, como elementos condicionantes para el devengo del gasto extraordinario, tanto los recursos o capacidades económicas de los alimentantes como “el entorno social, cultural, etc., en que se desenvuelve la vida cotidiana familiar que, en ocasiones, viene a crear una serie de necesidades que han de calificarse de normales u ordinarias, pero que valoradas en otro ámbito podrían, por el contrario, alcanzar el rango de excepcionales o extraordinarias. Otros, como puedan ser actividades y clases extraescolares, ayudas o apoyos de formación, cursos en el extranjero o actividades deportivas, habrán de acreditarse imprescindibles para tal instrucción y educación, o salud, y surgidos sin haberlos previsto, pues de no probarse estos presupuestos, habrá de correr con el gasto la parte que lo decida, de no contar para ello con la anuencia del otro progenitor ni con la previa autorización judicial del gasto”.

Es evidente que, dentro de las múltiples cuestiones que se van a plantear en lo que se refiere a los llamados gastos extraordinarios necesarios, debe fijarse, en primer lugar, una diferenciación con respecto a los gastos o alimentos ordinarios, ya que algunos de ellos –entre los que se incluyen los de matrículas, libros, equipamiento de temporada, etc.– pueden generar confusión porque, a pesar de su carácter periódico y habitual, no son mensuales. En segundo lugar, deberán plantearse las diferencias con relación a aquellos otros considerados gastos extraordinarios no necesarios, referidos a cursillos, clases particulares, campamentos, etc., que, siendo importantes y razonables, no resultan imprescindibles ni necesarios para la superación de los cursos o períodos educativos; si bien habría que hacer matizaciones con respecto a alguno de ellos, como es el caso de las clases particulares de los hijos, ya que si atendemos a las circunstancias concretas de cada curso y a las capacidades de cada hijo, podrían llegar a entenderse como necesarios.

La consideración o no de la necesidad de los gastos va a tener, sin duda, transcendencia a la hora de fijar su devengo y la división de su cuantía entre los progenitores, tal y como se ha puesto de manifiesto en múltiples casos¹²¹. Podemos

¹²¹ Cabe mencionar la SAP Zaragoza de 27 de octubre de 2015 (EDJ 2015/197202), que no es sino la síntesis de la jurisprudencia sobre la materia. Tal como sostiene la SAP Barcelona de 6 de septiembre de

destacar, por su precisión y claridad, la SAP Madrid de 1 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/298710) que, al determinar los gastos extraordinarios, los distribuye proporcionalmente entre los progenitores, dando a las partes las claves para solucionar las cuestiones controvertidas que puedan plantearse en el futuro, de la siguiente manera: “1.º Que los gastos de educación del centro o institución especial donde el hijo menor de edad Eusebio curse sus estudios sean abonados al 50 % por ambos progenitores, dados los problemas psicológicos que este presenta. 2.º Que en la medida tercera, referida a gastos extraordinarios, se exprese que se sufragarán al 50 % entre los progenitores si son de carácter necesario; de no haber acuerdo sobre el carácter necesario o no del gasto, las partes habrán de someter la controversia a la decisión judicial, de modo que solo los gastos extraordinarios no necesarios requerirán el consenso de ambos progenitores, y de no existir, correrán a cargo del que los proponga”.

6.2.2. Gastos no necesarios

Una vez definido el marco de los gastos considerados necesarios, será más fácil determinar aquellos gastos no necesarios que mantendrán como denominador común el carácter no periódico y no habitual antes referido, pero con la diferencia principal de que, a pesar de su posible importancia —en virtud de la situación particular de cada ámbito familiar— o de ser meramente recomendables, no se consideran necesarios. Estos gastos normalmente se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los

2011 (EDJ 2011/236902), los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc., no incluidos en la Seguridad Social o en el seguro privado), y que no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución. En idéntico sentido se manifiestan la SAP Barcelona de 18 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/218824) y la SAP Barcelona de 26 de septiembre de 2012 (EDJ 2012/337915). La SAP Barcelona de 3 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/184491) entiende que ha de precisarse hasta donde sea posible el concepto de esos gastos extraordinarios, en el sentido de que deben comprender los gastos médicos y psicológicos no cubiertos por la Seguridad Social o cualquier seguro médico concertado por las partes, además de todos aquellos que sean imprevisibles, bien sean necesarios o bien sean consentidos por ambos progenitores. En la misma línea se expresan el AAP Zaragoza de 28 de octubre de 2002 (EDJ 2002/57713), la SAP Albacete de 7 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/69754), la SAP Palencia de 2 de mayo de 2003 (EDJ 2003/124057) y la SAP Madrid de 20 de febrero de 2003 (EDJ 2003/66624). La SAP Madrid de 21 de octubre de 2013 (EDJ 2013/254201) añade que las partes deberán ponerse de acuerdo en el médico, el tratamiento o incluso el centro hospitalario, excepto en lo referente a gastos que, por su urgencia, además de necesarios sean urgentes. El AAP Sevilla de 19 de junio de 2008 (EDJ 2008/249955) establece que los gastos extraordinarios son aquellos que no son previsibles, no se producen con periodicidad, son indeterminados, inespecíficos, ilíquidos, y que necesitan predeterminación y objetivación en cada caso. Es decir, deben ser imprevisibles y necesarios y requerirán de un acuerdo previo, si no son de carácter urgente o, en su caso, la aprobación judicial.

progenitores y, en defecto de acuerdo, o bien los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto, o bien deberán ser sometidos a decisión judicial.

En definitiva, ambos tipos de gastos extraordinarios –necesarios y no necesarios– van a coincidir en su carácter excepcional, siendo además variables en lo que se refiere a su cuantía. Cuando estos gastos extraordinarios sean ineludibles e incluso urgentes, será obligatorio que ambos progenitores contribuyan a costearlos; mientras que si no lo son –y aunque su conveniencia sea innegable– su financiación dependerá en parte de las posibilidades económicas de los progenitores, lo que supondrá que su aceptación varíe de un caso a otro.

Así se pone de manifiesto, entre otras sentencias, en el AAP Lleida de 24 de enero de 2013 (EDJ 2013/18535), la SAP Alicante de 22 de marzo de 2013 (EDJ 2013/97843) y la SAP Guadalajara de 28 de octubre de 2014 (EDJ 2014/262540), que entienden por gastos extraordinarios no necesarios “los derivados de las actividades extraescolares, educativas y lúdicas, que no están comprendidos en el artículo 142 del Código Civil por exceder al concepto de los causados en la vida cotidiana y que, produciéndose de modo imprevisible, se instalan en lo excepcional, ya por su inhabitualidad o por su coste excesivo”.

Incontables son los pronunciamientos en esta materia en relación a qué tipo de gastos pueden ser integrados dentro de los denominados gastos extraordinarios no necesarios; coincidiendo buena parte de las resoluciones en que son gastos extraordinarios no necesarios aquellos gastos médicos que obedezcan a cuestiones puramente estéticas y que no estén cubiertos por el seguro médico o la Seguridad Social, así como las actividades extraescolares, deportivas, los viajes o las actividades de verano relacionados con la educación y el aprendizaje de idiomas.

Además, como requisito adicional, se exigirá en todo caso el acuerdo previo de forma fehaciente entre los progenitores o, a falta de acuerdo, la aprobación judicial previa, salvo para los gastos extraordinarios médicos urgentes e inaplazables no cubiertos por el sistema público de salud o por el seguro médico. En defecto de uno y otro, serán abonados por el progenitor que haya decidido realizar el gasto, tal y como se ha puesto de manifiesto, entre otras¹²², en la SAP Madrid de 28 de febrero de 2014 (EDJ

¹²² Son numerosos los gastos complementarios que surgen como consecuencia del proceso de socialización y de formación de los hijos. Estos gastos, aunque no suelen ser relevantes en menores de corta edad, pueden resultar cuantiosos en el caso de los adolescentes. A modo de ejemplo, baste citar los

2014/300482), la SAP A Coruña de 10 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/259923), la STSJ Aragón de 29 de julio de 2015 (EDJ 2015/148661) y la SAP Madrid de 8 de marzo de 2016 (EDJ 2016/55347).

6.2.3. Gastos superfluos y suntuarios

Consideramos que este último tipo de gastos, aun siendo más fácilmente detectable, es objeto de múltiples controversias entre los progenitores. Y es que incluso careciendo de una periodicidad prefijada y obedeciendo, por tanto, a sucesos de difícil o imposible precisión *a priori*, en ningún caso pueden considerarse vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación de los hijos.

Ni siquiera se incluirían dentro de los gastos necesarios del alimentista, sino que obedecerían más bien a gastos accesorios o secundarios, que a pesar de que puedan resultar beneficiosos o formativos para los hijos, obviamente son prescindibles sin que esto suponga un menoscabo para el alimentista. También pueden incluirse en esta categoría los que obedecen a actividades o tratamientos decididos unilateralmente por uno de los progenitores sin consultarlo con el otro.

Lo anterior nos permite concluir que estos gastos menos importantes, al igual que los gastos no necesarios –que, sin embargo, están por encima de los superfluos y suntuarios en el escalafón de importancia dentro de las necesidades de los hijos–,

gastos de viajes, cursos de idiomas, clases particulares, cursos y actividades extraescolares, deportes, etc. En este sentido, el AAP Granada de 30 de enero de 2001 (EDJ 2001/11895) manifiesta que deben considerarse como gasto extraordinario las clases particulares, en la medida en que son precisas para mejorar el rendimiento escolar de la hija. Generalmente, esos gastos complementarios están relacionados con la educación e instrucción de los hijos y, a pesar de que resulta loable ese deseo de completar la educación de los hijos, ese gasto tiene como límite la capacidad económica del alimentante. Así lo indica la SAP Cáceres de 31 de marzo de 1998 (EDJ 1998/12905). Tampoco admiten los tribunales, como en el caso de la SAP Ciudad Real de 23 de junio de 1999 (EDJ 1999/22244), que sean gastos extraordinarios que deban ser abonados por el otro cónyuge los gastos especiales de vestido y alimentación de los hijos durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Estos gastos, por tanto, no pueden ser reclamados judicialmente, pues se entiende que deben ser pagados con las mensualidades correspondientes a la pensión alimenticia; lo contrario conllevaría un grave desequilibrio económico en el patrimonio de uno de los progenitores. Así, la SAP Barcelona de 11 de julio de 2014 (EDJ 2014/134556) considera que los gastos extraescolares, adicionales a los ordinarios de educación, que sin ser necesarios ni impredecibles puedan ser convenientes, han de pactarse de mutuo acuerdo, tanto en lo que se refiere a la concertación y el devengo de los mismos como a la proporción en que cada progenitor ha de contribuir a su financiación; acuerdos a que ha de llegarse en proceso de mediación o por decisión judicial dirimente. En el mismo sentido, para la SAP Madrid de 21 de octubre de 2013 (EDJ 2013/254201), las actividades extraescolares, ya sean deportivas, culturales o de estudio, requieren del consentimiento de los dos progenitores de forma expresa y previa a su realización, para que ambos estén obligados al pago por mitad.

deberán ser pactados siempre por ambos progenitores; con la particularidad de que, en caso de discrepancia entre ambos padres, estos últimos plantearán mayores dificultades para ser admitidos por los tribunales, ya que su aprobación dependerá de que los progenitores disfruten de una situación económica acomodada, pues esta bonanza deberá repercutir sin duda en el nivel de vida de los hijos.

Sin embargo, al margen de los supuestos en que el desahogo económico familiar permita hacer frente a estos gastos, se va a exigir una entente entre las partes, línea en la que se viene pronunciando la más pacífica jurisprudencia menor¹²³, que los define como gastos superfluos, secundarios o suntuarios cuando se refieren a “aquello que, aparte de no tener una periodicidad prefijada, es prescindible, sin menoscabo para el alimentista”.

En muchas ocasiones, estos gastos llegan a estar estrechamente relacionados con los gastos extraordinarios no necesarios, como en los casos que se plantean en la SAP Alicante de 4 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/289757) y en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 25 de junio de 2015 (EDJ 2015/153736), en el sentido de que incluyen como gastos extraordinarios asumibles por ambos progenitores los relativos a la Primera Comunión derivados del evento religioso, “al considerar que tal acontecimiento está inserto en el acervo religioso de las partes”; pero sin embargo excluyen la comida posterior, organizada por la madre, y que definen como “un gasto accesorio, superfluo, al cual además no fue invitado el padre, por lo que ningún consentimiento tácito pudo prestar”.

Dichos gastos también se han considerado excesivos en otros supuestos, como cuando uno de los progenitores –aun en beneficio de los hijos– adopta de forma unilateral decisiones sobre tratamientos médicos de enorme coste económico, sin tener en cuenta la opinión del otro progenitor. Así se refleja en la SAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/36452) cuando, al referirse a los gastos de logopedia y neuropsicología de un hijo, rechaza la petición relativa al pago al centro médico privado de una cantidad de 44.000 euros por considerarla desproporcionada, “por cuanto, tal y como se acredita en los autos, que la ahora apelante aparece dada de alta en la entidad sanitaria Antares y consta que la misma cubre las prestaciones que interesa la actora, de modo que aquella decisión personal, unilateral y voluntaria de la recurrente, contratando

¹²³ Sirvan como ejemplo la SAP Madrid de 3 de enero de 2007 (EDJ 2007/52676), la SAP Granada de 21 de septiembre de 2007 (EDJ 2007/254781), el AAP Zaragoza de 1 de febrero de 2012 (EDJ 2012/57452), la SAP Palencia de 25 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/181782), la SAP Cádiz de 23 de octubre de 2015 (EDJ 2015/251486) y la SAP Burgos de 10 de febrero de 2015 (EDJ 2015/21381).

los servicios privados de aquel centro, no puede tener favorable acogida, siendo por lo demás faltos de acreditación tales gastos, en cuanto en los términos del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) no se ha probado cabal y rigurosamente, mediante ratificaciones, el total de los abonos realizados”.

Muchos de estos gastos, por su cuantía o por su naturaleza, pueden incluirse en la categoría de aquellos que la jurisprudencia¹²⁴ define como suntuarios, es decir, que exceden de las posibilidades de uno o ambos progenitores y que se refieren a actividades que pretenden realizar los hijos olvidando que, al quebrarse el núcleo familiar original, las necesidades familiares pasan a ser dobles. Como indica la SAP Las Palmas de 9 de octubre de 2015 (EDJ 2015/271458), “aun cuando la familia dispusiese de un elevado nivel de vida, la compra de un barco para los hijos no tiene la consideración de gasto extraordinario necesario sino de superfluo”.

6.3. Problemas prácticos en torno a los gastos extraordinarios

Hasta ahora, hemos analizado los diferentes tipos de gastos extraordinarios que podemos encontrar, sus diferencias y cómo son tratados por juzgados y tribunales en la práctica. Como ya hemos indicado, corresponde a las partes pactarlos y negociarlos; de tal manera que los progenitores, mediante estos acuerdos, podrán cambiar la naturaleza de los gastos: transformado gastos extraordinarios en ordinarios, o modificando o matizando los anteriores conceptos genéricos a través de sus propios actos, todo ello de conformidad con el principio de buena fe del párrafo 1.º del artículo 7 del Código Civil, o de la lactación formulada al amparo del artículo 90 del Código Civil y sobre la base genérica del principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del mismo texto legal.

No obstante y en aras de evitar abusos, los gastos extraordinarios requieren del consentimiento de ambos padres por tratarse de actos que implican cambios substanciales en el modo de vida de los hijos, salvo que ya se viniesen pagando con

¹²⁴ A este respecto, la SAP Granada de 25 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/304246) indica: “[...] la pretensión de la recurrente en cuanto a la pensión de alimentos aumentando su cuantía en atención a los ingresos del padre y a las necesidades de las menores, señalando respecto a los gastos extraordinarios que no deben confundirse con los suntuarios, sin que tengan este carácter los relativos al aprendizaje de idiomas o la práctica de deporte por las menores”.

Y la SAP Córdoba de 15 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/233038) señala que “no ha acreditado ni que se trata de un gasto suntuario, o que excede de las posibilidades de ambos progenitores, a las que los hijos deben amoldarse, o simplemente de las posibilidades económicas del recurrente, que por tanto no puede hacer frente a tal gasto”.

anterioridad al establecimiento del convenio regulador. Debemos destacar que los gastos médicos son aquellos que tienen más opciones de ser admitidos, puesto que persiguen la protección máxima de la salud de los hijos. Sin embargo, en ocasiones se considera que el no incluirlos en el convenio regulador no obedece al olvido o a la falta de exhaustividad, sino que se debe a que muchos de ellos ya han sido tenidos en cuenta al fijar la pensión alimenticia, tal y como recoge el AAP Madrid de 6 de octubre de 1998 (EDJ 1998/39319), que establece que “los referidos gastos no pueden ser calificados de extraordinarios, a los efectos de su reclamación añadida a la pensión alimenticia mensual que ha de abonar el padre, al producirse, como preexistentes a la lactación, en un marco de habitualidad y por ende de ordinaria previsión, que ya debió ser contemplada lógicamente al tiempo de la suscripción del convenio”.

Esto nos lleva a concluir que solamente la falta de acuerdo entre las partes hace que sea el propio órgano jurisdiccional, incluso en el supuesto de que los gastos no afecten directamente a la salud de los hijos, el que se atribuya la facultad de objetivar aquellas situaciones que, por sus concretas circunstancias, obliguen a contribuir a las necesidades que se devenguen. Y es que no podemos olvidar que el alimentante está obligado a contribuir a aquellos gastos que, con arreglo a sus posibilidades, sean conducentes a la mejor educación y formación del alimentista, y que su régimen jurídico requiere el pago por mitad, a no ser que uno de los progenitores carezca de recursos, en cuyo caso serán sufragados en su totalidad por el otro.

Por todo ello se requiere que la actuación de los progenitores sea transparente; pues, como hemos visto, estos gastos parten de un concepto indeterminado, inespecífico y de cuantía ilíquida por su propia naturaleza, necesitando de predeterminación y objetivación en cada momento, sin que en muchas ocasiones puedan retrotraerse al pasado, antes de que surgiera la situación de conflicto. Ahora bien, desde un punto de vista práctico, sin duda es recomendable que en el convenio regulador o en la sentencia se especifiquen qué gastos tienen la consideración de ordinarios y cuáles son extraordinarios, lo que sin duda impediría que posteriormente pudiera reclamarse como gasto extraordinario algo que expresamente cubre la pensión alimenticia.

La dificultad de llevar a cabo una enumeración exhaustiva de los posibles gastos extraordinarios –ya que siempre pueden surgir otros gastos que tengan este carácter y que no se hubieran previsto en un primer momento– supone que la jurisprudencia

menor¹²⁵ no se muestre muy partidaria de que sean los tribunales los que deban determinar en sus sentencias –ya sean de separación o de divorcio, o al regular las medidas paternofiliales en uniones de hecho– los gastos que tienen carácter extraordinario, siendo aconsejable establecer únicamente el porcentaje en el que deben contribuir a su abono ambos progenitores, que deberá aplicarse a cada caso concreto una vez que se produzca la contingencia, que deberá ser notificada de forma fehaciente.

Sin negar que resulta casi imposible llevar a cabo una relación exhaustiva de los gastos extraordinarios presentes y futuros que pueden generarse, es indudable que, en muchas ocasiones y en aras de evitar futuros conflictos –especialmente en los supuestos contenciosos–, los jueces están tendiendo a determinarlos en la medida de lo posible, especialmente aquellos que se estén devengando en el momento de dictarse la sentencia.

Con el objetivo de evitar los múltiples conflictos que se plantean en la práctica, los gastos extraordinarios deberán ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores, a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía. A falta de acuerdo, deberán ser autorizados judicialmente, o bien serán los propios progenitores los que, en los convenios celebrados en procedimientos de mutuo acuerdo, delimiten estos gastos extraordinarios para su homologación judicial.

Con ello se evita tanto que el cumplimiento de las obligaciones quede al arbitrio de una de las partes –lo que vulneraría el artículo 1256 del Código Civil– como que, de hecho, se impida al cotitular del ejercicio de la patria potestad participar en decisiones importantes sobre la formación, salud, ocio y, en definitiva, todas aquellas cuestiones fundamentales para el desarrollo de la personalidad de sus hijos.

¹²⁵ Si bien la existencia y el reconocimiento de los gastos extraordinarios no han generado dudas, en un principio las sentencias se negaron a hacer una enumeración exhaustiva de los mismos, tal y como reconocen muchas de ellas, como la SAP Valencia de 27 de febrero de 2002 (EDJ 2002/19287) y la SAP Navarra de 19 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/71483). Estas sentencias reconocen que no puede hacerse una lista exhaustiva de qué gastos deben ser considerados como extraordinarios. No procede establecer por anticipado el concepto de cuáles son los gastos extraordinarios a abonar. Los gastos extraordinarios son un concepto jurídico indeterminado, que no permite determinarlos totalmente *a priori*, y en general solo pueden concretarse cuando sucede el evento. Por lo tanto, es correcta la expresión “etc.” que figura en las sentencias. La SAP Baleares de 1 de abril de 2004 (EDJ 2004/26697) resuelve que “no corresponde al tribunal definir y relacionar los gastos considerables como extraordinarios, ni es dable que se provoque un pronunciamiento al respecto, en tanto dependen de cada caso concreto, y normalmente a acreditar y reclamar en fase de ejecución de sentencia”. Y la SAP Valencia de 10 de enero de 2005 (EDJ 2005/10823) resuelve que “ambos progenitores paguen por mitad los gastos extraordinarios de los hijos menores, sin que proceda hacer una lista casuística de los mismos, ya que se trata de una cuestión que debe plantearse en ejecución de sentencia”. Sin embargo, y como consecuencia de los desacuerdos entre los progenitores sobre qué gastos forman parte de la pensión ordinaria y cuáles tienen el carácter de extraordinarios, que generan continuos conflictos y ejecuciones de sentencias, se ha producido un cambio de actitud en los juzgados de instancia, que tienden a delimitarlos con el fin de atenuar dicha conflictividad.

Solamente en situaciones realmente excepcionales que puedan causar perjuicios irreparables a los hijos, los gastos podrán ser autorizados judicialmente *a posteriori* si concurriese discordia entre los obligados. Pero estas decisiones de carácter urgente no pueden convertirse en habituales, pues conllevan la privación de las facultades de la patria potestad, que normalmente es compartida por los dos padres y que no puede ser modificada por el otorgamiento a uno de ellos del ejercicio de la custodia.

Para ello, la notificación entre progenitores deberá ser expresa, utilizando cualquier medio de comunicación que permita dejar constancia de su recepción —el burofax suele ser el más adecuado—; debiendo exigirse, para su aceptación, que en la notificación se incluyan tanto la descripción de la necesidad del hijo como quién va a ser el encargado de prestar el servicio y el presupuesto del gasto, tal y como se pone de manifiesto en multitud de sentencias, de las que recogemos una muestra a continuación. La SAP Cádiz de 30 de abril de 2007 (EDJ 2007/72027) afirma que “si el devengo del gasto extraordinario no es inmediato, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro. Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial”.

Por su parte, la SAP Pontevedra de 19 de julio de 2010 (EDJ 2010/189242) establece “la necesidad de que se notifique al otro progenitor la existencia de una necesidad extraordinaria para el menor a fin de que pueda prestar su consentimiento, debiendo acudir al juzgado únicamente en caso de desacuerdo”. En los mismos términos se manifiesta la SAP Madrid de 16 de julio de 2002 (EDJ 2002/67984) cuando afirma que “los gastos extraordinarios que se deriven de la adecuada atención del menor deben ser sufragados por ambos progenitores a partes iguales, siempre y cuando los dos decidan de común acuerdo la necesidad del gasto y su cuantía, decidiendo, en su defecto, la autoridad judicial, todo ello para evitar decisiones unilaterales por parte de uno de los progenitores”.

Finalmente, la SAP Murcia de 24 de marzo de 2004 (EDJ 2004/23628) establece que “la regla general es que los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, que sea autorizado judicialmente. Solo si se cumplen estas condiciones es factible que uno pueda exigir del otro su respectiva contribución”.

Como hemos visto, estas resoluciones judiciales han estimado como requisito básico e imprescindible la comunicación previa en orden a conseguir el consentimiento previo del gasto extraordinario; lo cual no es óbice para que en otras ocasiones, atendiendo a las circunstancias concretas y dentro del amplio margen de decisión que tienen los jueces de familia, no se considere la falta de consentimiento previo como un obstáculo para que el otro progenitor deba abonar la parte correspondiente.

Es evidente que los razonamientos jurídicos para apoyar este criterio podrían basarse en la inexistencia de un precepto legal que imponga la comunicación y el consentimiento. Dado que la deuda alimenticia se nutre del contenido legal del artículo 142 del Código Civil, todo gasto incluido en ese ámbito sería reclamable; ahora bien, debemos entender que dicho gasto deberá ser recogido en la sentencia o pactado por ambos progenitores en el convenio regulador como gasto extraordinario, ya que en caso contrario podría vulnerarse la seguridad jurídica.

Los tribunales entienden que en esta cuestión hay que actuar con criterios de razonabilidad y atendiendo al principio de normalidad de las cosas, sin exigir requisitos de cumplimiento imposibles en la práctica.

De ese modo, aunque no haya mediado acuerdo para realizar ciertos gastos, su pago se impondrá si, aunque sea *a posteriori*, se constata que se trataba de un gasto tan necesario que era ineludible; lo que resulta predicable muy particularmente de los gastos médicos, aunque no sean de realización urgente. Así se pone de manifiesto en la SAP Alicante de 7 de junio de 2006 (EDJ 2006/479164), que considera que “los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, que sean autorizados judicialmente. Excepcionalmente, en evitación de que se causen perjuicios irreparables a los hijos, lo que contraviene lo preceptuado en el 158 del Código Civil (EDL 1889/1), y, en general, el principio del *favor filii* y las normas sobre protección de menores, los gastos inaplazables y, por ende, que no toleran demora sin grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados judicialmente *a posteriori* si concurriere discordia entre los obligados”.

En esta misma línea se han pronunciado otras sentencias, como la SAP Zaragoza de 16 de junio de 2003 (EDJ 2003/70315), que sostiene que, “aunque no haya mediado acuerdo para realizar ciertos gastos extraordinarios, tal y como se preveía en el convenio regulador, su pago se impondrá si, aunque sea *a posteriori*, se constata que era un gasto

tan necesario que era ineludible. Aun cuando no se contó con el consentimiento del padre para que la hija se sometiese a un tratamiento psiquiátrico y que se trata de un servicio que presta la Seguridad Social, atendiendo al uso social, se aceptan como extraordinarios los gastos de un psiquiatra privado”.

O la SAP Ciudad Real de 4 de julio de 2013 (EDJ 2013/160925), que afirma que “no es necesaria la previa notificación de los gastos extraordinarios al otro progenitor, ya que el pronunciamiento de la sentencia que los regula no establece dicho requisito ni tampoco aparece en precepto legal alguno”.

7. FORMAS DE PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS¹²⁶

7.1. La pensión como cantidad fija

Una vez encuadrada la pensión alimenticia de los hijos, y considerados estos como acreedores de la prestación, se deben fijar ahora las diversas fórmulas de pago que es posible encontrar, teniendo en cuenta la multitud de problemas y controversias que pueden surgir como consecuencia del día a día de los hijos, a los que hay que añadir la tensión familiar que se genera como consecuencia de la ruptura. Además, hay que reconocer que es complicado –por mucho que la Constitución Española recoja el deber de los poderes públicos de velar por el interés de los menores– articular jurídicamente un sistema eficaz para que el juez, sea de instancia o superior, pueda obligar al progenitor a abonar los gastos de educación de un hijo si no está conforme con dicha educación –por ejemplo, en la elección de un colegio religioso o no–, y mucho menos si tiene problemas económicos para costearlos.

Tras la ruptura, ambos progenitores están obligados a satisfacer alimentos a los hijos. No obstante, en la práctica forense y a pesar de lo recogido en el artículo 93 del Código Civil, los pronunciamientos judiciales solo concretan monetariamente la contribución que ha de hacer el progenitor que no reside con los hijos, valorando tanto la atención que les presta directamente al tenerlos en su compañía como los materiales que debe cubrir con su caudal.

Como ya hemos señalado, las contribuciones de uno y otro progenitor se establecen no solo en proporción a sus caudales respectivos, sino también en función de las necesidades de los descendientes, que estarán en relación con el medio

¹²⁶ Para la elaboración del presente capítulo hemos recurrido a las siguientes fuentes: BONET CORREA, José, “Sentencias comentadas: La actualización de una pensión de alimentos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1978)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1980, pp. 186-193; DÍEZ NÚÑEZ, José Javier, “Sistema tabular en la cuantificación de las pensiones alimenticias: un paso adelante”, *El Derecho*, 01/09/2013; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Crisis económica y derecho de familia: una visión jurisprudencial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 4, 2014, pp. 2-23; MARTÍN NÁJERA, M.^a Teresa, “Problemática en torno a la pensión alimenticia”, *op. cit.*; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; y PÉREZ RUFIÁN, Laura, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 57, 2012, pp. 25-46; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia*, vol. 3, Valladolid, Lex Nova, 2009; SARIEGO MORILLO, José Luis, “A propósito de las tablas de pensiones del CGPJ de 2013 sobre la reestructuración económica de las familias tras la separación y/o divorcio”, *Lex family: Actualidad en derecho de familia*, 2013, pp. 1-17.

socioeconómico familiar, lo que implica un análisis de las circunstancias concretas de cada caso. Junto con los elementos anteriores, hay que señalar como factor importante el tiempo que pasen los hijos con cada uno de los progenitores –que siempre ha de garantizar el bienestar de los menores–, ya que esto va a tener una enorme influencia a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia.

La determinación de la contribución de cada progenitor a la satisfacción de los alimentos de los hijos se encuentra –como se desprende del tenor del citado artículo 93 del Código Civil– entre los elementos de *ius cogens* característicos del derecho, debiendo ajustarse la pensión de alimentos en su cuantía, tal y como señala el artículo 146 del Código Civil, a las posibilidades económicas del obligado a prestarlos y a las necesidades de los descendientes, aparte de a otras circunstancias concretas; si bien, como establece de forma pacífica nuestra jurisprudencia¹²⁷, la determinación de la proporcionalidad a la que se refiere el artículo 146 del Código Civil, “no ha de entenderse como una relación aritmética y directamente exacta entre lo estrictamente acreditado en el activo y en el pasivo, sino en una tesitura interpretativa restrictiva de los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil”.

Teniendo en cuenta la forma en que se concibe la pensión alimenticia en el Código Civil, es decir, como una cantidad de dinero que de forma periódica abona el progenitor no custodio al custodio, el cual debe administrarla de conformidad con las decisiones comunes que comprenden la patria potestad compartida, resulta difícil entender que los tribunales puedan llegar a adoptar sus decisiones pasando por encima de la voluntad de ambos progenitores o de uno de ellos, pues esto puede suponer una injerencia en la patria potestad o incluso en derechos fundamentales, como la libertad individual o la libre decisión de profesión u oficio.

Por ello, y en aras de no interferir en los derechos fundamentales de los justiciables, el importe de la pensión alimenticia queda determinado siempre como una cantidad fija o variable, sin que en las resoluciones judiciales –o al menos en las contenciosas– se describan los gastos y necesidades concretas que deben satisfacerse con dichas pensiones; dejando que sean los progenitores los que, en cada momento, determinen a qué gastos o necesidades irá destinado el contenido de la pensión. Ahora

¹²⁷ Entre otras sentencias, la SAP Barcelona de 6 de marzo de 2000 (EDJ 2000/18967), la SAP Sevilla de 15 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/297431), la SAP Madrid de 13 de octubre de 2011 (EDJ 2011/249992), la SAP Madrid de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/36452), la SAP Castellón de 27 de junio de 2013 (EDJ 2013/157901) y la SAP Murcia de 5 de junio de 2014 (EDJ 2014/101833).

bien, cuando los hijos sean ya mayores de edad y la patria potestad se encuentre extinguida, y a tenor de las necesidades que vayan surgiendo –como, por ejemplo, el acceso a los estudios universitarios–, los hijos participarán, en cierto modo, junto con sus padres, en las decisiones relativas a su educación, alimentación, vestido, salud, etc., aunque sea uno de los progenitores el que siga administrando de facto la pensión.

Todo ello sin perjuicio de que se pueda acudir a la decisión judicial –siempre a instancia de una de las partes– en supuestos concretos relacionados con algún gasto o actividad de los hijos, lo que suele darse con más frecuencia cuando se trata de gastos extraordinarios, y no tanto con gastos ordinarios.

La jurisprudencia menor de las audiencias provinciales¹²⁸ es bastante pacífica sobre esta cuestión, asumiendo que la pensión sirve inicialmente para cubrir aquellos gastos ordinarios que estén comprendidos en los alimentos –gastos de comedor, material y transporte escolar, asistencia médica, farmacia, alimentación, vestido y calzado–; sin embargo, a pesar del reconocimiento unánime de estos gastos, no estarán ausentes las controversias entre el cónyuge o progenitor custodio y el deudor de las pensiones alimenticias, por ejemplo, cuando en los períodos vacacionales o de estancia de los menores con el progenitor no custodio, se entrega a los hijos sin ropa o útiles de aseo suficientes o adecuados, lo que obligará a este a tener que comprarles lo que vayan a necesitar mientras convivan con él, lo que conlleva que dichos alimentos se paguen por duplicado.

Las reclamaciones por estos abusos en la gestión de la guardia y custodia que se traducen en la duplicidad de los pagos de las pensiones, aun siendo muy habituales en la práctica, tienen escasa viabilidad por razones obvias: la enorme dificultad de probar estos extremos ante un juzgado o tribunal; lo que, en nuestra opinión, constituye una importante laguna de nuestro ordenamiento jurídico, que, sin duda, obliga a plantearse la necesidad de una gestión diferente de las pensiones, en virtud de la cual –tal y como venimos proponiendo– ambos progenitores, con independencia del régimen de custodia que tengan, puedan tener acceso a la gestión y administración conjunta de dichas pensiones.

¹²⁸ Entre otras, la SAP Sevilla de 30 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/261782), la SAP Madrid de 17 de enero de 2007 (EDJ 2007/52705), la SAP Madrid 3 de octubre de 2008 (EDJ 2008/287324) y la SAP Baleares de 15 de octubre de 2009 (EDJ 2009/276451).

El hecho de que la custodia compartida no sea todavía el régimen predominante y que la administración de las pensiones siga recayendo casi exclusivamente en el progenitor custodio hace que la pensión alimenticia quede fijada como una cuantía determinada o, cuando menos, determinable que abona el progenitor no custodio atendiendo a los criterios fijados por los artículos 90, 146 y 147 del Código Civil, basados en la proporcionalidad entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista.

No podemos negar, como argumento favorable al establecimiento de una cantidad fija como pensión, la enorme ventaja que supone para ambos progenitores la posibilidad de conocer de antemano los recursos con los que van a contar en el futuro, lo que les permite organizar sus vidas atendiendo a los gastos fijos a los que tendrán que hacer frente para costear la manutención de sus hijos; si bien nuestro ordenamiento no excluye que la mejora económica de cualquiera de los alimentantes pueda llevar aparejada la modificación automática del importe de la pensión alimenticia, atendiendo al contenido del artículo 147 del Código Civil, que establece que “los alimentos [...] se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

De esta manera, si uno de los progenitores amplía su caudal económico, deberá contribuir en mayor medida al mantenimiento de los hijos; lo que conllevaría que el deudor de los alimentos pudiera reducir la pensión si quien ha mejorado su situación económica es el progenitor custodio; pudiéndose solicitar la revisión de la pensión al alza cuando el cambio de fortuna beneficie al progenitor que abona dichas pensiones.

Sin embargo, este cambio plantea enormes dificultades en la práctica, pues, en aras de la seguridad jurídica, en ningún caso puede aplicarse automáticamente, sino que debe aprobarse mediante una nueva resolución, que deberá ser fijada a través del cauce del procedimiento incidental de modificación de las medidas previstas que recoge el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual “el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar al tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

Dicha solución encuentra además su apoyo sustantivo en el artículo 106 del Código Civil, que sirve para regular las medidas provisionales propias de los procedimientos de familia cuando indica que “los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

Todo ello nos obliga, una vez más, a acudir a un largo procedimiento judicial para conseguir una nueva resolución que modifique la anterior, con el fin de actualizar la pensión conforme a la nueva situación económica de cualquiera de los alimentistas, a tenor del artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en esta”.

Los problemas prácticos que plantea esta situación son más que evidentes, ya que las pensiones alimenticias deberán pagarse hasta que el juez dicte una nueva resolución, lo que provoca situaciones de auténtica injusticia si tenemos en cuenta que el período que transcurre desde que se presenta la demanda hasta que se dicta una nueva resolución puede durar varios meses, produciéndose un enriquecimiento injusto de aquel cuya fortuna se haya modificado al alza. Esta cuestión puede resultar dramática, si el cambio de fortuna se ha producido a la baja, para aquel que paga la pensión de alimentos, cuando tiene que seguir cumpliendo con una cuantía que no puede abonar, pudiendo sufrir el embargo de su patrimonio o, lo que es peor, llegar a ser investigado o condenado en una acción penal.

Solamente una agilización de los procedimientos de familia podría ofrecer una mejor solución a este problema. Pero, para lograrlo, habría que acometer múltiples reformas en nuestro sistema de justicia, lo que no parece que vaya a producirse a corto plazo. Entretanto la situación no varíe, deberán buscarse otras soluciones, que podrían ir desde acuerdos entre las partes a través de la mediación, hasta el establecimiento de pensiones alimenticias de carácter variable, obligando a los progenitores a remitirse la información fiscal o económica anualmente, lo que sin duda generaría otro tipo de problemas y tensiones.

7.2. Carácter variable de la pensión de alimentos y su problemática

El Código Civil no plantea impedimento alguno para que la pensión alimenticia pueda determinarse con un carácter variable, como un porcentaje de los ingresos del alimentante o atendiendo a las variaciones que pueda experimentar su salario como consecuencia de las eventuales retribuciones por objetivos, bonus o variables. Los importantes cambios legislativos¹²⁹ en nuestras leyes laborales, consecuencia de la actual crisis económica y que culminaron en una reforma considerable del actual Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la Ley 3/2012, han supuesto un profundo cambio en la regulación de nuestro mercado laboral, trayendo consigo importantes modificaciones como la posibilidad de vincular los salarios a la productividad, la desvinculación de los convenios colectivos en vigor, la posibilidad de que sean los empresarios los que fijen las condiciones del contrato, y la disminución o el aumento de los salarios en función de las circunstancias económicas, técnicas y organizativas de la empresa.

La posible fijación de una cantidad variable en concepto de pensión alimenticia, proporcional a los ingresos de cada progenitor en cada momento, podría ser beneficiosa para los hijos cuando el deudor progrese económicamente, lo que supondría tanto una mejora de su nivel de vida como el incremento de las posibilidades económicas del alimentante. Esto, además de evitar muchos de los procedimientos de modificación de medidas, concordaría claramente con el espíritu del Código Civil.

Pero conviene advertir también que no puede negarse que la vinculación de la pensión de alimentos a las variantes de las retribuciones crearía enormes desventajas al hacer depender la pensión del trabajo que realice el alimentante. Esto podría generar situaciones de riesgo, cuando el progenitor deudor decida unilateralmente dejar un empleo, o cuando los profesionales liberales, los autónomos o las sociedades mercantiles sufran bruscas oscilaciones de ingresos y gastos.

De todos modos, en el ámbito de las pensiones alimenticias, la modificación legislativa que afecta a las relaciones laborales no parece haber tenido ninguna repercusión a la hora de vincular las pensiones alimenticias a la productividad o a retribuciones más variables, por mucho que hayan pretendido relacionarse los efectos de

¹²⁹ Como la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modifica el Estatuto de los Trabajadores.

la nueva regulación con los requisitos establecidos en los artículos 147 y 148 del Código Civil; ya que, por un lado, la medida no ha tenido tanta influencia en la modificación de los salarios como para que afecte al incremento o a la reducción de las pensiones y, por otro lado, no todos los alimentantes se encuentran vinculados por una relación laboral expresamente regulada por el Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, en este punto, debemos advertir de que la vinculación de las pensiones alimenticias a situaciones laborales de carácter variable puede suponer que la pensión alimenticia, en ocasiones, llegue a quedar sin contenido económico, puesto que si se fijó un porcentaje de los ingresos y el obligado no percibe cantidad alguna, nada recibirá tampoco el alimentista.

Por otro lado, esta opción podría colapsar los ya saturados juzgados de familia, ya que sería necesario acudir anualmente al juzgado para conocer las cantidades que percibe el obligado al pago a efectos de la actualización de la pensión. En función de esta posibilidad, la actividad procesal se llevaría a cabo, en caso de desacuerdo, por el procedimiento de ejecución de sentencia de las resoluciones dinerarias previsto en los artículos 571 a 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo configura como un nuevo proceso autónomo; sin embargo, de nuevo, desde que se inicie el procedimiento hasta que se dicte el auto resolviendo la oposición, podrían pasar varios meses, lo que desvirtuaría la eficacia del carácter variable de la pensión.

Y es que, en ocasiones, valorar los ingresos reales de una persona resulta bastante complicado, no solo por los vaivenes económicos que puede sufrir cualquier trabajador o empresario, sino también por la complejidad de realizar un análisis pormenorizado de todos los ingresos recibidos deduciendo los gastos y los impagos que pueda sufrir, lo que supone que muchas veces tengamos que apoyarnos en expertos financieros o contables para calcular cuál es la realidad económica de una persona.

En consecuencia, la propia resolución debe tratar de objetivar, en la medida de lo posible, cualquier pensión de alimentos sometida a variabilidad mediante la aplicación de criterios claros y concretos que permitan calcular el importe de la pensión en virtud de las retribuciones que pueda recibir el progenitor deudor, para actualizarla.

Y es que si las pensiones no se cuantifican de forma concreta en función de los rendimientos netos de las actividades profesionales que realice el deudor de la pensión, los posibles pactos a que puedan llegar los progenitores o las resoluciones judiciales que

pueda adoptar el juez quedarán desvirtuados y sometidos a interpretación en continuas ejecuciones de sentencia o modificaciones de medidas, en el momento en que cualquiera de los progenitores muestre la más mínima disconformidad, lo que sin duda perjudicará los intereses de los hijos del matrimonio.

Es por ello por lo que las partes deberán establecer los límites cuantificándolos en los documentos oficiales que todo trabajador por cuenta propia o ajena debe presentar ante los organismos estatales, y que permiten acreditar objetivamente la realidad económica del progenitor deudor, tales como las declaraciones de IVA, IRPF, Impuesto de Patrimonio, Impuesto de Sociedades, etc.

Además, para que dicha medida sea operativa desde un punto de vista práctico, la parte variable de la pensión deberá pactarse sobre uno o dos de los mencionados documentos económicos, por ejemplo, un porcentaje de lo declarado anualmente en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido o de los rendimientos totales del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, evitando utilizar cláusulas genéricas que obliguen a efectuar un análisis total de la situación económica de la persona.

En definitiva, la redacción deberá ser fácilmente entendible, permitir un cálculo inmediato y su aplicación automática, como por ejemplo: “el padre abonará en concepto de parte variable de la pensión alimenticia el equivalente al 10 % de los rendimientos netos del trabajo recogidos en la casilla del IRPF, que será prorrateada en doce meses y sumada a la parte fija de la pensión”.

En el caso de los trabajadores por cuenta ajena se deberá tomar como base para el cálculo de la pensión un porcentaje constituido exclusivamente por el salario base, los complementos y las pagas extraordinarias, sin que se puedan incluir otras posibles percepciones, como bonus anuales vinculados a la productividad, por objetivos o resultados, que se devengarían al finalizar el año y que en ningún caso podrían fijarse con carácter anticipado en las mensualidades correspondientes a los alimentos de los hijos, salvo que se imputasen al año siguiente, si bien esto no se ajustaría a la situación real del caudal del padre que abona los alimentos.

Todos estos acuerdos son perfectamente compatibles con la normativa del Código Civil en materia de alimentos y estarían amparados, además, por el principio de libertad de pactos entre las partes. Ante la insuficiencia de medios materiales y humanos en los juzgados de familia, el único encaje posible de estos acuerdos, ya se produzcan

por la vía de la mediación o por la propia negociación de los letrados de las partes a través de un convenio regulador de separación, divorcio o medidas paternofiliales, sería su tramitación mediante el procedimiento de mutuo acuerdo previsto en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quizás por ello, todavía a fecha de hoy, la tesis mayoritaria entre los tribunales es la de optar por la fijación de una cuantía determinada para la pensión alimenticia, a la que se le aplicarán las correspondientes actualizaciones, puesto que resulta casi unánime la idea de que, aunque el alimentante no cuente con ingresos fijos y, de hecho, algunos meses pueda percibir más ingresos que otros, este deberá hacer las previsiones necesarias para compensar un mes con otro de cara al pago de la pensión alimenticia. En este sentido, podemos hacer referencia a la jurisprudencia más reciente, como el AAP Baleares de 13 de octubre de 2010 (EDJ 2010/259393), la SAP Segovia de 20 de mayo de 2011 (EDJ 2011/150856), la SAP A Coruña de 14 de julio de 2016 (EDJ 2016/154331) o la SAP Navarra de 2 de mayo de 2012 (EDJ 2012/296657), que afirma que “no procede establecer la contribución del demandado a la pensión alimenticia de sus hijos mediante una cantidad fija y otra variable por ser así como él percibe sus ingresos, pues debe ser previsor de dicha circunstancia y planificar la anualidad, y siendo los gastos de los menores periódicos y estables, no es admisible la posibilidad de estar a la espera de las liquidaciones oportunas”.

Al fijar la pensión alimenticia, los juzgados optan por una cantidad fija y no por un porcentaje u otras cantidades de carácter variable, al entender que se estaría dejando a voluntad del obligado el importe final de los alimentos, si este percibe ingresos irregulares. Por ello, consideran más adecuado concretar el importe de la pensión alimenticia en una cantidad determinada a fin de evitar indefiniciones y futuros pleitos, lo que, sin embargo, podría romper el equilibrio de proporcionalidad entre las necesidades del hijo y los ingresos del progenitor.

La jurisprudencia más actual, motivada por los enormes vaivenes económicos que han sufrido las familias como consecuencia de la crisis, parece optar por la posibilidad de que las pensiones tengan una parte variable, que se hace depender de la mejora de las circunstancias económicas, tal y como sostiene la SAP Córdoba de 15 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/386071), que considera que los hijos necesitan ser alimentados en el sentido definido en el artículo 142 del Código Civil y que, con independencia de cuáles puedan ser las circunstancias económicas de quienes vienen

obligados por esa relación familiar directa a prestar los alimentos, la jurisprudencia tiene que exigir que se establezca, para satisfacer sus necesidades, una pensión de mínimos, que suele oscilar entre 150 y 200 euros al mes. Así, expone lo siguiente: “Esta Sala ha establecido ese mínimo en la primera cantidad en resoluciones anteriores, como las sentencias de 13 de abril de 2009 (EDJ 2009/410157), de 9 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/315555), de 10 de junio de 2010 (EDJ 2010/222797), de 23 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/363006) o de 3 de mayo de 2011 (EDJ 2011/247612). Aunque el Tribunal fuese consciente de las pocas posibilidades económicas del alimentante, ha de considerar que siempre ha de establecerse una pensión mínima para la satisfacción de las necesidades de los hijos, que no puede quedar al albur de su posible incumplimiento, siendo en otro ámbito jurisdiccional donde deba estudiarse si este, de producirse, puede considerarse culpable. Quiere ello decir que esa cuantía mínima debe ser respetada, con independencia de que en cada mensualidad deba analizarse, caso de incumplimiento, si el obligado pudo pagarla a efectos de valoración de un posible delito de abandono de familia; de modo que si, con trabajos eventuales u otro tipo de ingresos, llega a cobrar lo suficiente, esté obligado al pago de la totalidad de la pensión de ese mes, e incluso, si viene a mejor fortuna, tenga que abonar retroactivamente esa ‘pensión de mínimos’”.

Y es que, en este apartado, no debemos olvidar que todo lo relativo a la cuantía de la pensión y su contenido afecta exclusivamente a la competencia de los juzgados de primera instancia, por lo que no existe impedimento para que, a tenor de las circunstancias de los progenitores alimentantes, sus respectivos caudales y las necesidades de los hijos, puedan fijarse pensiones alimenticias con cuantías variables, tal y como recoge la STS sala 1ª de 21 de octubre de 2015 (EDJ 2015/187102) que, en lo que se refiere al juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil, sostiene que “corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, ‘entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación’ (STS de 21 de noviembre de 2005, STS de 26 de octubre de 2011, STS de 11 de noviembre de 2013, STS de 27 de enero de 2014, entre otras)”.

7.3. La inadmisibilidad del pago directo a los hijos

La práctica judicial descarta de forma unánime que la pensión de alimentos pueda entregarse directamente a los hijos para que sean estos quienes la administren – independientemente de la edad que tengan y sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar las partes. Por ello, en la resolución judicial en que se fija la pensión, deben establecerse todos los requisitos del pago, esto es: cuantía, actualización, fecha y lugar donde debe efectuarse el mismo. Por lo general, el lugar de pago es la cuenta bancaria designada por el acreedor, y por ello es frecuente que si el número de cuenta no consta en la resolución judicial o en el convenio, o incluso si se produce un cambio de entidad bancaria, sea el acreedor el que facilite al obligado al pago los dígitos de la misma.

La jurisprudencia ha sentado un criterio uniforme en la materia, en el sentido de que el progenitor con el que conviven los hijos será el encargado de administrar la pensión, por lo que todo pago que se haga en una cuenta donde este no figure como titular o autorizado para disponer de los fondos carecerá de eficacia como causa de oposición a la ejecución.

La base de esta tesis se encuentra en el artículo 1162 del Código Civil, que establece que “el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para percibirla en su nombre”; de modo que el pago debe hacerse a la persona legitimada para recibirlo a fin de producir efectos liberatorios de la obligación contraída, sin que pueda hacerse a un tercero que no sea titular del crédito, aunque sea beneficiario del mismo.

Dicha idea se ve reforzada por lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece de forma expresa que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos” y, por tanto, el deudor no puede alterar unilateralmente los principios de identidad e integridad en que consiste la obligación; por ello, los efectos resolutorios se producen cuando se ajusta a los requisitos de persona, tiempo, lugar y contenido del pago. De esta manera, los pagos que se hayan realizado directamente a los hijos serán entendidos por nuestra jurisprudencia, según estos criterios, como meros actos de liberalidad –recogidos en el artículo 618 del Código Civil– para una mejor y mayor atención a las necesidades de sus hijos.

Aunque no es infrecuente en la práctica, en ningún caso resulta admisible que el progenitor no custodio abra una cuenta bancaria donde figuren como titulares él y los hijos, y que sea en esta cuenta donde se vayan efectuando los ingresos periódicos de la pensión. Estos pagos carecerán de efecto liberatorio; en cambio, sí lo tendrá el pago que el deudor deposite en una cuenta bancaria de la que sea titular el progenitor custodio, aunque sea distinta de la consignada en la resolución judicial o en el convenio, lo que nos lleva a la conclusión de que cualquier abono realizado directamente a los hijos carece de eficacia alguna, si bien, teniendo en cuenta la variedad de supuestos que pueden presentarse en materia de derecho de familia, los tribunales han admitido el pago realizado a los hijos cuando concurren circunstancias especiales.

Consideramos que es la jurisprudencia la que mejor trata el asunto de forma particular, reconociendo efectos liberatorios a determinados pagos de las pensiones a los hijos en función de circunstancias concretas.

Así, la validez de los mismos es admitida, desde hace varios años, tal y como se puso de manifiesto en la SAP Barcelona de 9 de mayo de 2001 (EDJ 2001/27934), cuando el progenitor, guiado por el principio de la buena fe, efectúa el pago en la cuenta bancaria del hijo que se encuentra residiendo temporalmente en el extranjero; por ello, concluye que “[...] tiene efectos liberatorios la transferencia que hizo el padre a la cuenta bancaria de la hija, abierta en una entidad extranjera de la ciudad donde se encontraba cursando sus estudios, y en la que claramente constaba ‘pensión alimenticia’ en el apartado destinado a concepto”.

En otras ocasiones, también se han admitido estos pagos efectuados por el progenitor no custodio cuando existe una aceptación tácita por parte del progenitor que debe administrar la pensión. La SAP Barcelona de 25 de febrero de 2002 (EDJ 2002/18108) da “validez a los pagos efectuados por el padre en la cuenta corriente de la hija cuando la madre da su conformidad a dicha forma de pago, aun cuando en el convenio se pactase el pago en la cuenta corriente de la madre”. Menos dudas genera este pago cuando consta la aceptación expresa, por parte del progenitor que según la sentencia o el convenio debe recibir la pensión, de que el deudor realice el ingreso en la cuenta del hijo. En este sentido se pronuncia la SAP Valencia de 11 de junio de 2003 (EDJ 2003/72144), que da eficacia “al pago realizado por el progenitor directamente al hijo a efectos de minorar la deuda que mantiene por impago de pensiones”. Fuera de

estos casos, la respuesta judicial es unánime al denegar dicha petición¹³⁰. Esta postura tiene origen en la interpretación realizada por la STS sala 1ª de 24 de abril de 2000 (EDJ 2000/5839), que determinó con total claridad la imposibilidad de abonar la pensión de alimentos directamente a los hijos, ya que la pensión sirve, por una parte, para mantener el ámbito familiar y doméstico del progenitor con el que conviven los hijos y, por otra parte, supone el reconocimiento del derecho de los hijos a los alimentos en la medida en que subsistan los presupuestos señalados en el artículo 93 del Código Civil.

Dicha línea se mantiene en la actualidad, no admitiéndose el pago directo a los hijos con argumentos idénticos a los recogidos por la sentencia del Tribunal Supremo, tal y como se puede observar, entre otras, en la SAP Madrid de 24 de febrero de 2014 (EDJ 2014/83715) cuando afirma: “[...] por cuanto que dicha hija continúa estudiando, es evidente que la administración de dicha pensión corresponde, en este caso, a la madre, con quien convive dicha hija, y en tal concepto dicha madre es la perceptora de dicha pensión, sin perjuicio de que la finalidad de la misma sea la de mantener y atender en todos los aspectos las necesidades de la hija”.

En similares términos se pronuncia la SAP A Coruña de 20 de marzo de 2012 (EDJ 2012/68673) cuando, tras afirmar el derecho de la madre a solicitar alimentos para la hija mayor que convive con ella en el domicilio familiar, dado que la hija carece de ingresos propios, establece que “aunque los hijos sean mayores de edad, el pago de la pensión alimenticia debe hacerse al progenitor con el que conviven, dado que a este

¹³⁰ La STS sala 1ª de 24 de abril de 2000 (EDJ 2000/5839) soluciona todas las controversias al respecto al afirmar: “Así, del artículo 93.2 del Código Civil, emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos de que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Como consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, de demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 21.º del Código Civil (EDL 1889/1) de adoptar, en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de este a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado”.

corresponde administrar esa contribución y por ello se desestima la petición de pago directo a los hijos”.

Así, la SAP Málaga de 18 de abril de 2013 (EDJ 2013/177169) establece que si la finalidad de los procedimientos matrimoniales es la determinación de la nulidad, divorcio o separación matrimonial, las partes en los mismos solo podrán ser los cónyuges que integran el matrimonio cuya nulidad, divorcio o separación se pretende, tal y como se establece “en las normas contenidas en el Capítulo IV del Título I del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a regular estos tipos de procedimientos, siendo estos los que se encuentran legitimados para reclamar las medidas que de dichos procedimientos se puedan reclamar”, por lo que evidentemente serán los progenitores que administren las pensiones de alimentos los únicos legitimados para recibir el pago directo.

Es evidente, por tanto, que la postura es unánime en la doctrina, ya que, salvo excepciones justificadas, no deberán abonarse las pensiones mediante pagos directos o indirectos a los hijos, en aras de respetar la seguridad jurídica derivada del cumplimiento estricto de las resoluciones judiciales.

7.4. Acerca del mantenimiento del hijo en la propia casa a cambio de la pensión

En ocasiones, el progenitor no custodio deudor de la pensión alimenticia plantea la posibilidad de sustituir el pago de la obligación con la manutención del hijo en el propio domicilio. Esta situación suele plantearse cuando el obligado al pago de alimentos no obtiene ingresos provenientes de su trabajo personal y, en cambio, sí rendimientos irregulares en el tiempo, como son los beneficios ligados a actividades empresariales o mercantiles o los derivados del capital mobiliario, lo que dificulta la fijación de una pensión con carácter mensual, al no producirse los ingresos con la misma periodicidad y, más aún, cuando esta explotación resulta deficitaria o produce escasos ingresos.

Existen supuestos de este tipo en que los padres, invocando el contenido literal del artículo 149 del Código Civil, solicitan que no se fije la pensión alimenticia a su cargo y, en su lugar, optan por la posibilidad recogida en dicho precepto que permite satisfacer los alimentos “recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Sin embargo, resulta evidente que esta posibilidad, cuando se trata de hijos menores de edad sometidos a la patria potestad, no es factible, ya que se prohíbe expresamente en el párrafo 2.º del artículo 149 del Código Civil, que establece que “esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

En cuanto a los hijos mayores de edad, la cuestión resulta controvertida, pues no existe ningún artículo en nuestro ordenamiento jurídico que impida al progenitor alimentante optar por esta posibilidad, si bien, en la práctica, suele rechazarse por varios motivos. En primer lugar, por la propia configuración de la pensión alimenticia como una prestación periódica que debe cubrir no solo las necesidades de alimentación y vivienda, sino también los gastos relacionados con la formación y otros aspectos que afectan a la vida de los hijos; en segundo lugar, es posible prever que el establecimiento de dicha posibilidad acarrearía, sin duda, conflictos adicionales entre los propios padres, y también entre padres e hijos, como consecuencia de los cambios en la convivencia. A estas dificultades habría que añadir el evidente perjuicio que supondría el cambio de domicilio para la actividad educativa de los hijos mayores de edad, que, siendo todavía dependientes económicamente de sus padres, han vivido durante toda su infancia con el otro progenitor y en un entorno determinado, en el que han desarrollado su formación y sus relaciones personales.

Sea como fuere, cualquier petición en este sentido hará preceptiva la intervención judicial, debiendo respetarse, una vez más, el contenido de las resoluciones en sus propios términos a tenor del ya mencionado artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; todo ello sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los propios progenitores acordando la modificación o la extinción de la pensión alimenticia; de esta manera, la decisión voluntaria del hijo mayor de edad de trasladarse a vivir al domicilio del progenitor que, según el convenio regulador o la resolución judicial, estaba obligado al pago de alimentos es causa más que suficiente para que, desde ese momento, deje de abonarse la pensión al progenitor con el que convivía anteriormente el hijo.

Resulta obvio que si se ha producido un pacto entre el hijo mayor de edad –cuya patria potestad ha quedado ya extinguida– y el progenitor hasta la fecha no custodio,

estaríamos ante uno de los supuestos en que opera el artículo 149 del Código Civil, puesto que el alimentante ha optado por prestar los alimentos recibiendo en su domicilio al hijo, y el alimentista ha aceptado esta forma de recibir los alimentos; si bien insistimos en la necesidad de modificar las resoluciones con el fin de que la seguridad jurídica no se vea vulnerada.

Ninguna discusión ofrece esta cuestión en la jurisprudencia menor; aunque los jueces, dentro del margen de sus facultades interpretativas, pueden admitir o no el mantenimiento de los hijos en casa del progenitor a cambio de la pensión atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso. Así, la SAP Salamanca de 31 de marzo de 2014 (EDJ 2014/57887) admite el mantenimiento del hijo en casa del progenitor porque había mediado reconciliación entre los cónyuges –que no había sido notificada al juzgado– y, por tanto, existía un acuerdo de sustituir la pensión por el mantenimiento en la vivienda; así, reconoce que “no hay ningún inconveniente desde el punto de vista del artículo 149 del Código Civil para considerar cumplida la prestación alimenticia en un caso como el presente. Porque, como es sabido, teniendo en cuenta la finalidad de la obligación de alimentos, es claro que ciertamente se satisface el interés del acreedor de estos cuando es mantenido en casa de la alimentante, donde ve atendidas todas sus necesidades, como se acredita, por lo demás, mediante los documentos bancarios obrantes en autos. Forma de cumplimiento de la prestación de alimentos que sin duda puede ser la más adecuada cuando ambas partes están de acuerdo en ello”.

La STS sala 1ª de 25 de octubre de 2016 (EDJ 2016/188971) atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a la hija mayor de edad, permitiendo que “la hija quede en el domicilio, pero no de forma exclusiva sino como consecuencia de la opción que el alimentante le otorga, conforme al artículo 149 del Código Civil, de recibir y mantener en su propia casa al alimentista”, argumentando, en primer lugar, que no es aplicable en este caso la doctrina de los actos propios; en segundo lugar, que ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir y, por último, que, siendo los hijos mayores de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse temporalmente y, a tenor del artículo 96.3 del Código Civil, al cónyuge no titular atendidas las circunstancias y si su interés fuera el más necesitado de protección.

Por su parte, la SAP Madrid de 3 de julio de 2008 (EDJ 2008/157664) indica que, tras haber alcanzado los hijos la independencia económica, se extingue la pensión, sin perjuicio de las posibles peticiones que pudieran realizarse por la vía de la reclamación de alimentos entre parientes. “Por lo que respecta a las pensiones alimenticias, considera la Sala parcialmente atendible la pretensión del recurrente para la extinción de las pensiones alimenticias de los hijos comunes no sujetos a la patria potestad, en cuanto, teniendo en consideración sus respectivas edades¹³¹, y habida cuenta de que la madre no acredita que se encuentren en período de formación [...] entendemos que los alimentos de los mismos quedan fuera de un proceso de familia, matrimonial, como el presente, de divorcio de sus progenitores, sin perjuicio de que, si Anouar, Mohamed o Abdelah precisaran alimentos en lo sucesivo, los reclamen de ambos progenitores, en el proceso propio ordinario que corresponda, al margen de este”.

Finalmente, debemos señalar que, aunque no sea lo habitual, también puede producirse el efecto contrario: que el padre que tiene a su hijo viviendo con él, como consecuencia del mal comportamiento de este, acceda a pagar una pensión de alimentos. En este sentido resolvió la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Málaga de 15 de marzo de 2011 (EDJ 2011/36735) al recordar que “[...] la facultad conferida por el artículo 149 del Código Civil de satisfacer los alimentos manteniendo al hijo en la propia vivienda o pagando una pensión es de libre elección del alimentante y, por tanto, si como en el caso de autos viene haciéndolo así, es libre de poner fin a esa modalidad, más aún cuando ello está justificado por la mala conducta del hijo, quien olvidando el deber de respeto hacia los padres que impone el artículo 155.1 del Código Civil a todos los hijos (no solo a los menores de edad) con sus padres, ha generado una convivencia insostenible que los demandados no están obligados a soportar. [...] estimando la petición subsidiaria formulada en la demanda reconventional, el cese de la obligación de alimentos en el propio domicilio debe ir acompañada del abono temporal de una pensión en la cuantía de 200 euros al mes y por un plazo de dos años”.

7.5. Las tablas de alimentos como sistema de objetivación de las pensiones

La existencia de estas tablas es consecuencia de una de las cuestiones más discutidas en la mayoría de los procedimientos de familia; y es que, a pesar de la enorme cantidad de

¹³¹ En este caso, todos los hijos superan los veintidós años, por lo que la sentencia considera que tienen edad suficiente para acceder al mercado laboral.

reclamaciones de alimentos que se producen, no se pretende poner en duda el hecho en sí de si procede o no abonar la pensión alimenticia en cuestión, ni cómo debe pagarse la misma, aspectos que han sido suficientemente debatidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sin embargo, hasta la fecha no se ha logrado llegar a un equilibrio entre todos los factores que intervienen en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. Resulta difícil que los progenitores, como partes implicadas en el proceso de reclamación de las pensiones, consigan armonizar esos elementos que se encuentran en íntima relación con el nivel de vida del núcleo familiar antes de la ruptura, con los gastos ordinarios y necesarios, con el nivel de ingresos de los progenitores, con las cargas familiares o los gastos relativos a la sociedad de gananciales, en especial los referidos al último domicilio familiar.

En definitiva, si se llegaran a armonizar todos estos elementos, se podría reducir la conflictividad entre los progenitores y, por ende, disminuir el número de procedimientos contenciosos que persiguen resolver una de las cuestiones más controvertidas: la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos, y sus subsiguientes modificaciones a la alta o a la baja, simplificando el problema o buscando, de alguna manera, su objetivación. Esta cuestión ha sido objeto de un amplio debate en el que han participado las principales figuras que realizan su labor en el ámbito del derecho de familia, señalando las ventajas que aportaría un sistema de baremación de las pensiones alimenticias fijado por jueces y tribunales para los procesos de familia –nulidad, separación, divorcio, guarda y custodia y alimentos de hijos extramatrimoniales, medidas cautelares en procesos de filiación o alimentos entre parientes– que, sin duda, permitiría mejorar la previsibilidad de la respuesta judicial, aumentar la seguridad jurídica y facilitar acuerdos o soluciones evitando, en buena medida, los costes sociales de los procesos contenciosos.

El sistema de tablas para la fijación de pensiones en los procesos de familia lleva años siendo empleado en algunos países, como Canadá, Noruega, Estados Unidos o Alemania, entre otros; aunque con algunas diferencias en cuanto a su origen y obligatoriedad, si bien en todos ellos han quedado constatados su notable aceptación entre los operadores jurídicos y los satisfactorios resultados que genera.

Precisamente, la propia indeterminación de los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil a la hora de cuantificar las prestaciones económicas o los alimentos a favor de los hijos –al hacer referencia a la cuantía de los alimentos como

“proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”– va a permitir una amplia discrecionalidad al juez para concretar esta cuantía y la proporción correcta entre el caudal y medios del alimentante y las necesidades del alimentista, lo que puede prestarse a muy diversas interpretaciones.

Por ello, estas amplias facultades otorgadas al juez de familia hacen que, en numerosas ocasiones, la respuesta judicial sea imprevisible, con el resultado de que la cuantía de la pensión será una u otra dependiendo del juzgado concreto en el que se tramite el asunto. Del mismo modo, la ausencia de un criterio común da lugar a respuestas judiciales distintas en supuestos similares; por ejemplo, ante grupos familiares semejantes, con necesidades y disponibilidades económicas parecidas, la cuantía de las pensiones fijadas suele variar de un juzgado a otro, aunque correspondan a una misma población, o puede suceder incluso que esta variación se produzca dentro de un mismo juzgado.

La consecuencia final de todo esto es que no se llega a solucionar el problema de la litigiosidad contenciosa, pues cada una de las partes puede pensar que la decisión judicial va estar más cerca de sus pretensiones que de las de la otra parte y, por tanto, va a preferir acudir a un proceso contencioso.

Los defensores del sistema de tablas o baremo orientativo consideran que puede facilitar los acuerdos, lo que conllevaría un incremento de los procesos consensuales, con el consiguiente ahorro de costes personales –especialmente psicológicos, al evitarse un proceso contencioso en el que las partes se convierten en adversarias, lo que supone una fuente de tensión para todo el núcleo familiar–, así como una disminución de la carga de trabajo en juzgados y tribunales, que podría aprovecharse para resolver otras cuestiones más complejas y aumentar, en definitiva, la seguridad jurídica.

Especialmente relevante en este punto resulta el trabajo realizado por el magistrado Pérez Martín¹³², que, después de analizar multitud de sentencias de las audiencias provinciales, fue el primero que consideró útil plasmar en unas tablas estadísticas las pensiones fijadas por estos órganos judiciales. Su minucioso método de trabajo consistió, en primer lugar, en seleccionar sentencias cuyos fundamentos jurídicos hicieran constar de modo claro y terminante los ingresos netos que percibían los cónyuges, teniendo en cuenta que los datos se acreditasen en autos mediante

¹³² PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso*, op. cit., pp. 582-600.

certificaciones de las empresas donde prestaran sus servicios, así como el número de hijos con derecho a alimentos. En segundo lugar, clasificó estas sentencias en función de si percibían ingresos ambos progenitores o solo uno de ellos. Finalmente, extrajo los datos de los supuestos en que solo uno de los progenitores obtenía ingresos y había un solo hijo con derecho a alimentos, y los colocó en dos columnas indicando, en una, los ingresos netos del progenitor y, en la otra, la pensión fijada por la sentencia.

El estudio descartaba los datos extravagantes, es decir, los supuestos en que se fijaba una pensión excesivamente alta o muy baja para niveles de renta semejantes, aplicando al resto la fórmula estadística de la estimación lineal, que representa una matriz con la línea recta que mejor se ajusta a los datos suministrados –pensión fijada en la sentencia e ingresos netos– calculada mediante el método de los mínimos cuadrados, lo que le permitió obtener el coeficiente 0,227. Así, pudo concluir que la pensión que debería abonar un progenitor con un solo hijo tendría que ser equivalente al 22,7 % de sus ingresos netos.

A continuación, seleccionó los datos de aquellas sentencias en las que solo uno de los progenitores obtenía ingresos pero existían dos hijos con derecho a alimentos. Al compararlas con aquellas en las que existía un solo hijo, tratados ambos conjuntos estadísticamente, comprobó que en este segundo caso la pensión fijada por las sentencias era 1,4 veces más alta que la pensión fijada en los supuestos con un solo hijo. Realizada la misma operación para los casos en que existían tres hijos, la relación obtenida fue de 1,6.

Por último, seleccionó los datos de todas aquellas sentencias en las que ambos progenitores obtenían ingresos y existía un solo hijo con derecho a alimentos. De dichos datos infirió que la pensión fijada era la equivalente a aplicar el coeficiente 0,227 a la cantidad resultante de restar los ingresos del progenitor no custodio a los ingresos del progenitor custodio. El índice de correlación entre las cantidades obtenidas utilizando esta fórmula y la pensión fijada por la sentencia judicial –despreciando los datos extravagantes– era superior a 0,95.

Atendiendo a la metodología anterior, se incluyen a continuación dos tablas estadísticas: la primera representa las pensiones alimenticias para uno, dos y tres hijos cuando solo uno de los progenitores obtiene ingresos (tabla 1); la segunda indica las pensiones alimenticias para un hijo cuando ambos progenitores obtienen ingresos (tabla 2).

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	337,4	383,9	449,1
1025	232,7	337,4	383,9	449,1
1100	249,7	362,1	412,0	481,9
1175	266,7	386,8	440,1	514,8
1250	283,8	411,4	468,2	547,6
1325	300,8	436,1	496,3	580,5
1400	317,8	460,8	524,4	613,4
1475	334,8	485,5	552,5	646,2
1550	351,9	510,2	580,6	679,1
1625	368,9	534,9	608,6	711,9
1700	385,9	559,6	636,7	744,8
1775	402,9	584,2	664,8	777,6
1850	420,0	608,9	692,9	810,5
1925	437,0	633,6	721,0	843,4
2000	454,0	658,3	749,1	876,4
2075	471,0	683,0	777,2	909,1
2150	488,1	707,7	805,3	941,9
2225	505,1	732,4	833,4	974,8
2300	522,1	757,0	861,5	1007,7
2375	539,1	781,7	889,6	1040,5
2450	556,2	806,4	917,6	1073,4
2525	573,2	831,1	945,7	1106,2
2600	590,2	855,8	973,8	1139,1
2675	607,2	880,5	1001,9	1171,9
2750	624,3	905,2	1030,0	1204,8
2825	641,3	929,8	1058,1	1237,7
2900	658,3	954,5	1086,2	1270,5
2975	675,3	979,2	1114,3	1303,4
3050	692,4	1003,9	1142,4	1336,2
3125	709,4	1028,6	1170,5	1369,1
3200	726,4	1053,3	1198,6	1402,0
3275	743,4	1078,0	1226,7	1434,8
3350	760,5	1102,7	1254,7	1467,7
3425	777,5	1127,3	1282,8	1500,5

Tabla 1. Tabla estadística de pensiones alimenticias cuando un solo progenitor obtiene ingresos¹³³.

¹³³ Cfr. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso*, loc. cit.

	900	1050	1200	1350	1500	1650	1800	1950	2100	2250	2400	2550	2700	2850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

Tabla 2. Tabla estadística de pensiones alimenticias cuando existe un solo hijo y ambos progenitores perciben ingresos¹³⁴.

En esta segunda tabla, los valores de las columnas corresponden a los ingresos del progenitor no custodio y los valores de las filas se refieren a los ingresos del progenitor custodio. La cuantía de la pensión para supuestos en que haya más de un hijo con derecho a alimentos se calculará multiplicando los valores por 1,45 si hay dos hijos, por 1,65 si hay tres hijos y por 1,93 si hay cuatro hijos.

A pesar de sus cálculos, Pérez Martín concluye muy acertadamente que, aunque este planteamiento puede resultar útil en determinadas situaciones y permite evitar múltiples y dramáticos conflictos familiares, se trata de una solución simplista, que excluye muchas de las situaciones que se dan en el ámbito familiar y, más importante aún, prescinde *a priori* de las necesidades concretas de los hijos derivadas de posibles enfermedades, de las cargas del matrimonio o de la sociedad de gananciales –tales como hipotecas o préstamos familiares– y de todas aquellas situaciones que, por su naturaleza,

¹³⁴ *Ibid.*

no pueden cuantificarse en una pensión alimenticia calculada mediante tablas estadísticas.

Basándose en baremos idénticos a los empleados por Pérez Martín, el Consejo General del poder Judicial¹³⁵ publicó en julio de 2013, dentro de la denominada hoja de ruta para la modernización de la justicia, un documento que tenía por objetivo reducir la litigiosidad en juzgados y tribunales. El resultado de ese trabajo son unas tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia, así como una serie de mecanismos para su actualización y difusión. Con ello, se aspiraba a alcanzar diversos objetivos.

En primer lugar, se pretende dotar a este instrumento de cálculo de pensiones alimenticias en procesos de familia de un sustrato estadístico fiable. En segundo lugar, actualizar estas tablas a medida que se vayan produciendo cambios en la estructura de los gastos familiares y, al menos, cada cinco años. En este sentido, también resulta fundamental mejorar las aplicaciones informáticas que facilitan los cálculos de las pensiones, especialmente en el ámbito de la custodia compartida, en función de los datos objetivos que se vayan obteniendo sobre los parámetros que se ponderan en esta modalidad de custodia. En tercer lugar, informar sobre la utilización de las tablas a través de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial; así como difundir la existencia de estas tablas entre jueces, magistrados, abogados y demás operadores jurídicos. Por último, se pretende poner a disposición de los jueces, magistrados y operadores jurídicos un programa informático que les permita, basándose en las tablas y en algunas de las características del caso que van a juzgar, obtener de forma sencilla e inmediata la cifra orientativa de la pensión que habrán de fijar.

Estas herramientas están disponibles en la intranet del Consejo General del Poder Judicial, en el Punto Neutro Judicial y, para permitir el acceso a abogados y demás operadores jurídicos, en la página web del Consejo General del Poder Judicial.

A continuación, analizaremos cómo han sido elaboradas dichas tablas y expondremos algunas pautas básicas para su utilización.

¹³⁵ Tabla orientadora de pensiones alimenticias y criterios elaborados por el Consejo General del Poder Judicial para su manejo por jueces y tribunales, en julio de 2013.

7.5.1. Elaboración de las tablas

Las tablas propuestas por el Consejo General del Poder Judicial se han elaborado con la imprescindible colaboración del Instituto Nacional de Estadística, que ha participado tanto suministrando los datos estadísticos que han servido de base para el cálculo como aportando su conocimiento estadístico y econométrico para el procesamiento de dichos datos.

El procedimiento ha sido el siguiente: para empezar, se han ordenado, de menor a mayor, los hogares compuestos por una pareja¹³⁶ con un hijo dependiente¹³⁷ en función de los ingresos medios por hogar, teniendo en cuenta los datos de ingresos de la Encuesta de Condiciones de Vida de los años 2006 a 2010. Una vez ordenados, se han distribuido en diez grupos, cada uno de los cuales cuenta con el mismo número de hogares, es decir, un 10 % del total. A continuación, se ha calculado el ingreso medio por hogar en cada uno de los grupos, desechando los datos de los grupos primero y último, esto es, los de más bajos y más altos ingresos medios.

Análogamente, se han ordenado estos mismos hogares según los datos de ingresos de la Encuesta de Presupuestos Familiares para el mismo período de tiempo, de 2006 a 2010; se han dividido en diez grupos y se ha calculado el gasto medio por hogar de cada uno de los grupos, desechando los datos del primer y del último grupo. En el cálculo del gasto medio por hogar se han considerado solamente los gastos ordinarios.

La tabla primera¹³⁸ recoge el coste de mantenimiento –excluidos gastos de vivienda y educación– de uno, dos y tres hijos, en función del nivel de ingresos de sus progenitores. El coste medio a nivel estatal se concreta para cada comunidad autónoma y para los municipios en función de su tamaño mediante la aplicación de índices correctores. La tabla segunda refleja el resultado de repartir dicho coste entre los

¹³⁶ Dado que la mayoría de los divorcios se concentran en matrimonios cuyos miembros tienen entre 35 y 55 años, las parejas consideradas en las estimaciones se han ajustado a estos límites.

¹³⁷ Son hijos dependientes económicamente: todos los menores de dieciséis años si al menos uno de los padres es miembro del hogar, y los que tienen entre dieciséis y veinticuatro años inclusive y son económicamente inactivos, de nuevo, si al menos uno de los padres es miembro del hogar. Es decir, son hijos dependientes aquellos que precisan de un apoyo económico, bien sea por motivos de edad, bien sea deba a razones laborales.

¹³⁸ Estas tablas pueden consultarse en la página web del Consejo General del Poder Judicial. *Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia*. Disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>.

progenitores, en proporción a los ingresos de cada uno de ellos y al número de hijos dependientes, lo que permite conocer la cuantía de la pensión.

7.5.2. Pautas para la utilización de las tablas en juzgados y tribunales

Para el correcto empleo de las tablas de pensiones alimenticias, han de tenerse en cuenta los factores que exponemos a continuación.

a) Carácter orientativo

Las tablas tienen un carácter meramente orientativo, por lo que corresponde a jueces y magistrados, en el ejercicio de su independencia, decidir si las emplean habitualmente o no y cómo aplicarlas en cada caso concreto.

La primera tabla, referida al coste por hijo, proporciona una estimación del gasto –excluidas las partidas correspondientes a vivienda y educación– de mantener a un hijo en función de los ingresos conjuntos de los dos progenitores, dejando en manos de los magistrados la decisión de repartir ese coste entre ambos progenitores según las circunstancias específicas de cada caso. Esta tabla sería de aplicación en los supuestos de custodia compartida. Aunque existen diversas modalidades para la concreción de la pensión en este tipo de guarda y custodia, la aplicación informática que facilita el uso de la tabla primera incluye un modelo de reparto del coste en función del tiempo que pasen los hijos con cada progenitor.

La segunda tabla, relativa a la pensión por hijo, calcula el reparto de estos costes, excluidos los de vivienda y educación, en proporción a los ingresos de cada progenitor para los supuestos de custodia monoparental con régimen de estancias de los hijos con el progenitor no custodio de fines de semana alternos, una o dos tardes en semana y la mitad de las vacaciones; fijando únicamente la pensión que corresponde abonar al progenitor no custodio, pues se considera que el progenitor custodio cubre su aportación manteniendo al hijo durante el resto del tiempo que permanece con él. En este supuesto, si el derecho de habitación de los menores se cubre con la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, la pensión solo debería incrementarse con los gastos ordinarios de educación.

Estas tablas pueden ser empleadas en procesos de nulidad, separación y divorcio; guarda y custodia de hijos menores; “alimentos reclamados por un progenitor

contra el otro en nombre de los hijos menores”, según lo establecido en el artículo 748.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; medidas provisionales previas, coetáneas y cautelares de los anteriores procesos; alimentos entre parientes, y de medidas cautelares de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, contempladas en el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sean competencia estos procesos de los juzgados de primera instancia, de los juzgados de familia o de los de violencia sobre la mujer. Igualmente se estima que las tablas pueden ser útiles tanto para los procesos en primera instancia como para la fase de apelación ante la Audiencia Provincial y, si procede, de casación ante el Tribunal Supremo.

b) Predeterminación de los ingresos y necesidades especiales de los hijos

La utilización de las tablas requiere la determinación previa de los ingresos netos (no brutos) de cada progenitor y el examen de las posibles necesidades especiales de los hijos, todo ello conforme a las reglas de la prueba, incluida la de presunciones basadas en signos externos.

Los ingresos netos salariales se calculan en doce mensualidades anuales, con inclusión prorrateada de las pagas extras y de cualquier otro concepto que pueda percibirse –como pluses de productividad, bonos por objetivos, etc. Para la determinación de estos ingresos netos, no se descuentan las retenciones de sueldo o los anticipos que pueda soportar el perceptor, ni se tienen en cuenta las cargas propias que se atiendan con dicho salario –como la hipoteca o el alquiler– dado el carácter preferente de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad.

c) Exclusión de los gastos de vivienda y educación

Los gastos de vivienda –hipoteca, alquiler, IBI– y de educación de los hijos se han excluido en la elaboración de las tablas, y deberán ser ponderados por los operadores jurídicos de manera independiente. Por lo tanto, la cuantía de la pensión calculada mediante estas tablas deberá incrementarse con tales conceptos, en función de su importe y de los criterios de reparto.

d) Inexistencia de necesidades especiales

Las tablas parten de la idea de que los hijos no poseen necesidades especiales derivadas de minusvalías, enfermedades u otras circunstancias. Si concurriera esta variable, deberá ser tenida en cuenta para la fijación de la cuantía final de la pensión.

e) Gastos extraordinarios

Las pensiones fijadas conforme a la tabla segunda no incluyen los gastos extraordinarios, cuya concreción y forma de pago deberán determinarse separadamente.

f) Aplicación de índices correctores por comunidades autónomas y tamaño de los municipios

La aplicación de los índices correctores por comunidades autónomas y tamaño de los municipios es realizada automáticamente por la aplicación informática, simplemente introduciendo las denominaciones de una y otro. Si el cálculo se efectúa manualmente, habrá que multiplicar la cantidad que ofrece la tabla –correspondiente a la media estatal– por los índices de la comunidad autónoma y del municipio correspondientes, sin importar el orden.

El índice corrector aplicable será el del municipio de residencia del menor, al ser allí donde se efectúe el consumo de la pensión.

g) Pensión mínima o de subsistencia

Las tablas no contemplan los ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de los 700 euros, al considerar que en los tramos de rentas inferiores a esta cifra ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia, cuya cuantía varía jurisprudencialmente de una zona geográfica o población a otra. Si con posterioridad a la sentencia se superase ese nivel de ingresos, la pensión podría actualizarse mediante la aplicación de la tabla a los nuevos ingresos en el proceso correspondiente.

Como hemos visto, estas tablas no prevén factores que resultan fundamentales dentro de los procedimientos de familia, como las necesidades especiales de los hijos; también excluyen en su cálculo gastos tan imprescindibles como los de educación y

vivienda, y no contemplan los ingresos del obligado cuando estos son inferiores a 700 euros. Todo ello, sin duda, les resta eficiencia para su aplicación práctica; porque, como hemos visto, buena parte de las controversias entre los progenitores al pleitear por las pensiones alimenticias de los hijos surgen, precisamente, cuando el debate gira en torno a los ingresos reales de los progenitores y a las verdaderas necesidades de los hijos.

Ahora bien, no podemos negar que, desde su publicación, han sido interpretadas por juzgados y tribunales en distintos sentidos, y resulta innegable que la exclusión de algunos factores de singular importancia ha supuesto que su aplicación quede, en no pocos casos, limitada a los supuestos que menos dificultades presentan, no cumpliendo por tanto la función armonizadora pretendida¹³⁹. Y es que es evidente que, sin perjuicio del magnífico esfuerzo realizado por jueces y magistrados para intentar sistematizar la cuestión, ninguna tabla puede sustituir al factor humano; lo que se traduce en que ningún juicio es igual que otro, no pudiendo automatizarse mediante meras fórmulas matemáticas las pautas de actuación o las particularidades que afectan al sostenimiento de cada núcleo familiar.

¹³⁹ En esta línea, la STSJ Aragón de 1 de octubre de 2015 (EDJ 2015/181992) reconoce que “los tribunales de instancia no deben someterse a unas tablas orientadoras, que no pueden privar de eficacia a los acuerdos entre las partes, adoptándose las medidas judiciales a falta de pacto entre los padres”. La SAP Barcelona de 15 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/259984) hace un análisis más exhaustivo al afirmar lo siguiente: “La memoria explicativa de las tablas del Consejo General del Poder Judicial explica, como su propio nombre indica, los indicadores estadísticos utilizados para determinar el coste de un menor en una familia con un determinado nivel retributivo. En el coste de la tabla, no se ha incluido ni el gasto de la vivienda, ni el coste escolar, por tratarse precisamente de cálculos estadísticos. Las diferencias de coste escolar en familias con el mismo o similar nivel retributivo desvirtúan el coste cuando se calcula la media, razón por la cual al coste orientativo del menor debe adicionarse el coste escolar, así como el de uso de vivienda o necesidad de vivienda según los casos. Ello no significa que debamos fijar una pensión de alimentos y acordar el pago por mitad o en el porcentaje que corresponda de los gastos de vivienda y gastos escolares, sino que podemos tener en cuenta todos estos gastos para fijar la pensión”.

Las tablas encuentran enormes dificultades de aplicación en la mayoría de los casos, y así se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 1 de octubre de 2015 (EDJ 2015/262937): “El último motivo de impugnación, como ya se mencionó, hace referencia a la cuantía de la pensión alimenticia señalada en la instancia, que entiende el recurrente se encuentra por encima del mínimo vital que establece la jurisprudencia y dentro de las tablas de memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial”.

Igualmente, la SAP Córdoba de 8 de abril de 2015 (EDJ 2015/132057) establece que “[...] la parte toma en consideración el salario durante los meses en que trabaja la Sra. Soledad, pero sin tener en cuenta que el resto de meses del año no [tiene] otros ingresos distintos de los que se puedan derivar de la prestación de desempleo, por lo que no tiene sentido fijar su pensión atendiendo a determinadas tablas al uso, fijándose solo en lo que cobra en los meses en que trabaja en Palma de Mallorca, cuando, como consta acreditado y nada en contra se dice, no aparecen otros ingresos para el resto del año”.

Son similares los pronunciamientos de la SAP Alicante de 22 de octubre de 2013 (EDJ 2013/218148), la SAP Barcelona de 3 de junio de 2015 (EDJ 2015/131904) y la SAP Guadalajara de 28 de octubre de 2014 (EDJ 2014/262540).

En este apartado, la experiencia práctica del autor de esta tesis como letrado en ejercicio permite confirmar el uso casi residual de estas tablas en el cálculo de las pensiones, pues se recurre a ellas exclusivamente en los casos más claros y sencillos, que precisamente son los que suelen dar lugar a un mayor número de acuerdos durante el procedimiento. Por el contrario, podemos afirmar que los mediadores familiares recurren con asiduidad a estos baremos.

7.6. La actualización de la pensión alimenticia

Al establecerse la pensión alimenticia que recibirán los hijos, tanto en los acuerdos fijados por los interesados en los convenios de mutuo acuerdo homologados judicialmente como en las decisiones judiciales adoptadas en las sentencias contenciosas, deberán incluirse las bases para proceder a su actualización y las garantías para su efectividad, lo que permitirá adecuar económicamente y de forma periódica la pensión devengada, con el fin de que no pierda su valor adquisitivo, en consonancia con los artículos 90, 97, 100 y 103 del Código Civil.

El fundamento de esta actualización es garantizar al beneficiario de la pensión su capacidad adquisitiva, de tal manera que su valor no se vea afectado por factores externos de la economía global, como son la inflación y las subidas del coste de la vida. La posibilidad de ajustar el derecho de pensión alimenticia a las circunstancias económicas generales supone, sin duda, un importante beneficio para los menores, y se ha recogido de forma pacífica, entre otras sentencias, en la SAP La Rioja de 18 de marzo de 2010 (EDJ 2010/94376), que estableció lo siguiente: “Dada la naturaleza de estos procedimientos, debe advertirse que la resolución a adoptar por esta Sala debe tender siempre a cumplir con el principio del *favor filii*; esto es, debe buscarse siempre el beneficio del hijo menor. Y a este respecto, entiende esta Sala que la actualización de la pensión alimenticia, aunque no se reflejara en el convenio regulador adoptado por las partes, es un beneficio de la menor que permite ajustar su derecho de pensión alimenticia a las circunstancias económicas generales existentes. Por tanto, debe procederse a la actualización anual conforme al IPC de cada año de la pensión alimenticia de la menor. Dado que los datos del IPC son públicos, al publicarse oficialmente por el Instituto Nacional de Estadística, el padre como obligado a prestar la pensión puede conocer por sí mismo en cuánto debe actualizar la pensión a abonar sin necesidad de que le sea notificado por la madre”.

En la práctica, los jueces de oficio suelen establecer de forma automática los criterios de actualización de la pensión en las propias resoluciones judiciales, sin que ello sea óbice para que los padres, de mutuo acuerdo, puedan adoptar otras cláusulas de estabilización o revisión que deberán ser aplicadas durante el transcurso de tiempo en que se mantenga la obligación.

Debemos aclarar que, hoy en día, se encuentra pacíficamente instaurado el criterio de que dicha revalorización se haga de acuerdo con el índice del nivel medio de vida o IPC reflejado por el INE¹⁴⁰. Este incremento, a la hora de establecer las bases de actualización, suele generar pocos conflictos porque se refleja con claridad, es objetivo y resulta fácil de utilizar, no solo por su sencilla determinación y conocimiento, sino también por su carácter indicador de la evolución de las necesidades objetivas del alimentista y por lo sencillo de su cálculo, especialmente en aquellos casos en que el obligado no tiene una única fuente de producción de rentas o estas son irregulares.

Sin embargo, a pesar de que prácticamente esta instaurado como criterio de actualización de las pensiones, en ocasiones se recurre a otros elementos de baremación que encuentran su principal apoyo jurídico en la STS sala 1ª de 9 de octubre de 1981 (EDJ 1981/1633) que señaló que, si se acude exclusivamente como parámetro de actualización al Índice de Precios al Consumo como remedio corrector de la depreciación de signo monetario, se puede vulnerar el criterio de proporcionalidad, que es esencial en la determinación cuantitativa. La sentencia expone que “[...] la adecuación exclusiva al Índice de Precios al Consumo, prescindiendo de toda referencia al presupuesto de que los ingresos del obligado hayan recibido un incremento en la misma proporción (lo que en muchos casos no es inhabitual), puede romper esa ecuación de proporcionalidad; hasta el extremo de llegar a un empobrecimiento del obligado al pago, que el mismo desarrollo de la prestación no consiente”.

Finalmente, este tribunal resolvió que la obligación habría de ser revisada anualmente, en proporción a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo, siempre que se dé el matiz de “que los ingresos del obligado muten en el mismo porcentaje; y si la elevación fuere menor a tal índice, se atenderá al importe del incremento producido en los emolumentos percibidos por este”.

¹⁴⁰ Sirvan como ejemplos la SAP Madrid de 22 de julio de 1999 (EDJ 1999/50499), la SAP A Coruña de 9 de marzo de 2006 (EDJ 2006/32468), la SAP Segovia de 1 de junio de 2010 (EDJ 2010/137295), la SAP Madrid de 4 de febrero de 2011 (EDJ 2011/35544) o la SAP Toledo de 26 de junio de 2012 (EDJ 2012/145865).

Es importante tener presente que el IPC no es único y que, por tanto, es posible solicitar que esta actualización se haga de acuerdo con el IPC general o con el particular de cada provincia o municipio, ya que esta elección puede representar ciertas variaciones. La praxis habitual pasa por entender que, si no hay otra especificación, debe aplicarse el IPC referente al conjunto nacional. No obstante, nada impide que se pacte o se fije como criterio de actualización de un caso concreto un índice local o cualquier otra referencia, como la autonómica.

Tomando como referencia jurídica la citada sentencia del Tribunal Supremo, la pensión podría actualizarse en función de otros factores distintos, como, por ejemplo, el aumento de los ingresos del cónyuge deudor; sin embargo, estas resoluciones suelen ser casos aislados muy particulares dentro de la generalidad¹⁴¹.

La facilidad para llevar a cabo el cálculo de la actualización sobre el incremento anual del coste de la vida (IPC) tomando como base el porcentaje de los ingresos recibidos por la parte deudora, es decir, el incremento anual del salario del cónyuge deudor, simplifica enormemente la cuestión. Por otra parte, no puede negarse que si el deudor trabaja por cuenta ajena, resultaría más acertado establecer la actualización de la pensión en consonancia con los ingresos obtenidos, ya que normalmente el incremento del IPC es superior; mientras que si se trata de un profesional liberal, por lo general no le va a beneficiar que la base de actualización se haga conforme al incremento de sus ingresos, puesto que tendría que entregar parte de su esfuerzo profesional al cónyuge acreedor.

Ahora bien, en aras de corregir estos desequilibrios, la solución adoptada en muchos casos consiste en introducir una cláusula que establezca un límite a ese aumento de la pensión, que no excederá de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado¹⁴².

¹⁴¹ Son múltiples las sentencias que determinan la libertad de las partes para fijar el parámetro de actualización que consideren oportuno y que, en caso de desacuerdo, se aplicará siempre el IPC general: el AAP Barcelona de 14 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/37129), la SAP A Coruña de 29 de marzo de 1999 (EDJ 1999/16551), la SAP Alicante de 15 de marzo de 2002 (EDJ 2002/19138), el AAP Baleares de 1 de abril de 2004 (EDJ 2004/26714) y la SAP Córdoba de 15 de febrero de 2016 (EDJ 2016/41764).

¹⁴² Cuando se siguen otros criterios, deben fijarse límites de aplicación con el fin de no caer en una desproporción que desnaturalizaría el objeto de la actualización, tal y como hacen constar la SAP Zamora de 23 de enero de 2002 (EDJ 2002/8037) y la SAP Cádiz de 25 de marzo de 1998 (EDJ 1998/14740). La SAP Cáceres de 5 de mayo de 2015 (EDJ 2015/77658) señala como criterio más acertado para la actualización del importe de las pensiones “atender al incremento real de los ingresos anuales del obligado, funcionario público, puesto que sus ingresos no siempre son coincidentes con la evolución [de la economía]”. La SAP Jaén de 13 de marzo de 2014 (EDJ 2014/66331) concluye que “la pensión que

Es posible también que se estipule una modificación automática de los criterios para la actualización de la pensión en función de las circunstancias, introduciendo así una fórmula de carácter subsidiario, de tal manera que la actualización se realice en base al incremento de las retribuciones del obligado mientras este conserve su actual profesión y, en otro caso, conforme al incremento experimentado por el IPC¹⁴³. Sea cual sea la modalidad de actualización de la pensión, su validez estará sometida a la aprobación judicial, que velará por que sean respetados tanto los intereses de los hijos como los de ambos cónyuges, los del receptor y los del deudor de la pensión.

Respecto al sistema para efectuar la actualización, no cabe duda de que debe ser acumulativo, es decir, el índice de actualización debe aplicarse sobre la pensión ya revalorizada y no sobre la renta fijada inicialmente; ya que serán los sucesivos incrementos los que garanticen que la capacidad adquisitiva del beneficiario de la pensión no se vea mermada, puesto que, de otra manera, no se podría mantener su poder adquisitivo.

En muchas ocasiones, la actualización de las pensiones a través de las cláusulas de estabilización mencionadas no ha impedido que el propio transcurso de los años haya provocado una ruptura de la proporcionalidad de la prestación. En estos casos, la única posibilidad que queda es solicitar la modificación de medidas para recomponer la obligación del pago de la pensión a su justa medida, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Código Civil, según el cual “los alimentos [...] se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”¹⁴⁴.

debe abonar a favor de la esposa, dada la desproporcionalidad de la fijada por el órgano *a quo* [...], debe ser actualizable en el mismo porcentaje en que aumente o disminuya la pensión por jubilación que percibe el obligado a su pago”.

¹⁴³ En la actualidad, son muy pocas las sentencias que acuerdan un doble sistema de actualización. Un ejemplo de esta posibilidad de establecer de forma alternativa dos baremos de actualización es la de la SAP Alicante de 19 de septiembre de 1994 (EDJ 1994/10684), que considera que “si bien la fórmula utilizada en la resolución del juzgado para la actualización de las pensiones económicas pudiera provocar cierta confusión, lo que en su caso podría haber sido objeto de un recurso de aclaración de sentencia que ninguno de los cónyuges interpuso, ello no es causa suficiente para la estimación del recurso en este extremo, dado el carácter subsidiario de los dos métodos aceptados, debiendo entenderse aplicable el primero (incremento de las retribuciones del obligado) mientras conserve su actual profesión y el segundo (incremento del IPC) en otro caso”.

¹⁴⁴ Tal y como se pone de manifiesto en la SAP Cantabria de 2 de junio de 1998 (EDJ 1998/19782) y la SAP Salamanca de 27 de abril de 1999 (EDJ 1999/12741).

7.6.1. Sobre la retroactividad de las actualizaciones

Por otra parte, la jurisprudencia ha manifestado dudas acerca de la retroactividad de la actualización de la pensión; se plantea así el debate de si, en el supuesto de impago de la pensión de alimentos debidamente actualizada, el cónyuge obligado al pago tendría el deber de abonar la diferencia entre la cuantía de la pensión fijada en la resolución judicial y la cuantía resultante de su actualización como consecuencia del paso del tiempo.

Inicialmente, una parte de las audiencias provinciales entendió que no debería condenarse al deudor al pago de los atrasos correspondientes a la falta de actualización de la pensión, porque podría interpretarse que el progenitor acreedor había consentido, mediante su inactividad, que la pensión no se actualizase. Así, basándose en la teoría de los actos propios y en el principio de seguridad jurídica, se consideró que la pensión de alimentos debía actualizarse año a año en los mismos términos que se realiza una aplicación analógica de la actualización de las rentas arrendaticias¹⁴⁵.

Sin embargo, el I Encuentro de Jueces con Abogados de Familia celebrado en Madrid en el año 2003, en la sede del Consejo General del Poder Judicial, resultó en un cambio de criterio, al entender que en ningún caso puede perjudicarse el derecho de los menores, que deberá ser protegido por el interés público. Entre las conclusiones de dicho encuentro se encontraba la de reconocer la retroactividad de la actualización de las pensiones atrasadas.

Dichas conclusiones, aunque no son vinculantes, deberían servir al menos para imponer a los tribunales unos criterios de interpretación uniformes en aras de ese principio de seguridad jurídica. Por otra parte, consideramos que este tipo de acuerdos y cursos de formación han de repercutir en el interés del ciudadano, pues de otro modo se convertirían en jornadas lúdicas de ineficaz aprovechamiento. Este punto de vista fue expresamente recogido en la jurisprudencia menor posterior, como es el caso del AAP Sevilla de 6 de abril de 2005 (EDJ 2005/75188), que, entre otros motivos, argumenta

¹⁴⁵ En este sentido, se entendería que la actualización de la pensión es, en realidad, una facultad de modificación de la pensión, efectiva únicamente desde que se produce, y el no ejercitar tal derecho implicaría una renuncia o abandono del mismo. Por ello, al no haber formulado el cónyuge beneficiario la oportuna reclamación ante la falta de pago de las cantidades debidamente actualizadas, se entiende que renuncia a este incremento. En esta línea se manifiestan el AAP Guipúzcoa de 27 de octubre de 1998 (EDJ 1998/34942), el AAP Cádiz de 10 de junio de 1999 (EDJ 1999/44994) y el AAP Valencia de 23 de febrero de 2000 (EDJ 2000/7141).

que “el ejecutado debe abonar la actualización de dichas pensiones, salvo respecto de aquellos años en que haya de apreciar la prescripción por haber transcurrido más de cinco años desde su devengo, sin que la ausencia de reclamación por la ejecutante pueda ser entendida como una renuncia”.

Este cambio de tendencia en la jurisprudencia menor supuso que las sentencias más recientes defiendan los efectos retroactivos de la actualización, encontrando su fundamento en que el progenitor obligado al pago de la pensión tiene también la obligación de revalorizarla en los términos acordados o establecidos en la sentencia, sin que sea precisa una petición expresa de actualización, ya que esta se produce de forma automática al estar previsto en la sentencia el sistema mediante el cual ha de revalorizarse. Esto supone que el incumplimiento de la obligación de actualizar la pensión conduzca a la ejecución forzosa. El ejercicio de este derecho estará sometido al mismo plazo de prescripción que la pensión alimenticia sobre la que se practica la actualización¹⁴⁶.

¹⁴⁶ El AAP A Coruña de 8 de abril de 2009 (EDJ 2009/114401), el AAP Vizcaya de 25 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/356594), la SAP La Rioja de 18 de marzo de 2010 (EDJ 2010/94376) y el AAP Badajoz de 5 de mayo de 2011 (EDJ 2011/96635) reconocen que el ejercicio de los derechos no puede entenderse extinguido hasta una vez transcurridos los plazos de prescripción señalados por la ley, sin que el silencio por sí mismo, es decir, no acompañado de ninguna otra manifestación de voluntad, equivalga a un abandono, renuncia o condonación del derecho reconocido, en este caso, por una sentencia firme, pues la renuncia o condonación del derecho solo puede deducirse de actos cuya significación sea indubitada.

8. LA MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

8.1. Modificación de medidas y sus requisitos

La actual crisis económica ha supuesto una multiplicación de los procedimientos de modificación de medidas que afectan de manera directa o indirecta a la pensión alimenticia de los hijos. Según los datos recogidos en el informe estadístico sobre nulidades, separaciones y divorcios elaborado por el Consejo General del Poder Judicial¹⁴⁷, las modificaciones de medidas ingresadas en los juzgados españoles en el período 2007-2015 pasaron de las 15.410 de 2007 a 44.053 en 2015, lo que representa un aumento en este período del 185,87 %, tendencia que se sigue manteniendo en nuestros días.

En este mismo período (2007-2015), el número de casos ingresados de separaciones, divorcios y medidas paternofiliales se mantuvo estable, de 159.302 casos en 2007 a 175.946 en 2015, lo que supone un incremento porcentual del 10,45 %; además, en los años álgidos de la crisis, incluso se llegó a reducir ligeramente el número de casos ingresados, fundamentalmente debido a la falta de medios económicos para afrontar una ruptura familiar, pues se trata de un proceso que conlleva un elevado coste.

Es evidente, por tanto, que la situación económica general ha condicionado todos los aspectos relativos a la conflictividad familiar, y ha resultado en un aumento progresivo, de unos años a esta parte, de la litigiosidad en los juzgados de familia¹⁴⁸. Dicho crecimiento de la conflictividad, como ya hemos anticipado, no se debe a que se hayan incrementado los procedimientos de divorcio, separación o guarda y custodia, sino que es consecuencia del aumento desmesurado de las solicitudes de modificación de medidas, aumento que coincide precisamente con el inicio de la crisis económica, sin perjuicio de los cambios que se vienen produciendo tanto en la sociedad como en las legislaciones formales sobre la custodia compartida.

¹⁴⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe estadístico periódico: Datos de nulidades, separaciones y divorcios (Datos desde 2007 hasta segundo trimestre de 2016)*, publicado el 30 de junio de 2016.

¹⁴⁸ CERDÀ SUBIRACHS, Joan, “Sociedad líquida y modificación de medidas”, *Revista Abogados de Familia AEAFA*, núm. 79, abril de 2016, p. 18.

El progresivo aumento del número de procedimientos de modificación de medidas hizo que, en el año 2007, la relación entre estos y los de separaciones, divorcios y medidas paternofiliales fuera de 9,6 a 100 y, en 2015, se situara en 23,7 a 100, con una media en dicho período de 17,56 a 100. Por ello, puede afirmarse que mientras que, en el año 2007, por cada diez procedimientos de separación, divorcio o medidas paternofiliales se ingresaba en los juzgados uno de modificación de medidas, en el año 2015 dicha proporción se ha disparado, hasta el punto de que por cada diez procedimientos de separación, divorcio o medidas paternofiliales ingresaron cuatro de modificación de medidas.

A esta estadística hay que añadir un dato especialmente relevante: casi ocho de cada diez procedimientos de modificación de medidas presentados ante los tribunales españoles en el período 2007-2015 no fueron consensuados, mientras que más de la mitad de las separaciones, divorcios y medidas paternofiliales interpuestas en el mismo período fueron de mutuo acuerdo. En ambos casos, el nivel de conflicto se mantuvo estable en el período, con variaciones inferiores a los dos puntos porcentuales en el caso de las modificaciones de medidas (rango 78,46–80,29) y a los cinco puntos porcentuales en lo relativo a separaciones, divorcios y medidas paternofiliales (rango 41,80–46,21).

Centrándonos ya en el ámbito de la pensión alimenticia, debemos partir una vez más de la idea de que la deuda alimenticia es esencialmente variable en atención a los presupuestos objetivos de la misma. De esta manera, la alteración de la cuantía de los alimentos fijada inicialmente se deriva del propio cumplimiento de los alimentos, pues no se trata de un deber que se satisfaga de manera instantánea en un momento puntual, sino que es una obligación de tracto sucesivo o de cumplimiento periódico, que se prolongará mientras concurren los presupuestos legales que justifican su existencia.

La cuantía de los alimentos disminuirá o aumentará proporcionalmente según se incrementen o se reduzcan las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, tal como establece el artículo 147 del Código Civil; pues tratándose de factores esencialmente relativos y mudables, la pensión debe ir adecuándose a las nuevas circunstancias que surjan; de lo contrario, perdería su carácter proporcional.

La variabilidad de las pensiones alimenticias y, en particular, el momento a partir del cual debería producirse el incremento o la disminución de su cuantía carecen de referencia legal expresa, por lo que parece conveniente aplicar el mismo criterio

empleado para el abono de los alimentos y recogido en el artículo 148.1 del Código Civil, es decir: “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”, consecuencia, asimismo, del principio *in praeteritum non vivitur* que, al igual que rige el inicio de la prestación, debe continuar presidiendo el posterior cumplimiento de la misma.

El aumento de la capacidad económica del alimentante puede producirse de distintas maneras: obviamente, esta capacidad aumenta cuando lo hacen el valor de su patrimonio, de sus rentas del capital o de sus ingresos procedentes del trabajo, pero también aumenta cuando disminuyen sus gastos, cuando, por ejemplo, se reducen otras obligaciones familiares preferentes o sus propias necesidades.

Si las circunstancias que fueron determinantes para la fijación de la pensión alimenticia se alteran, puede producirse una solicitud de reducción, incremento o extinción de la pensión, teniendo en cuenta que las necesidades de los hijos y los medios o el caudal económico de los progenitores son cambiantes, lo que encuentra su amparo legal en el artículo 147 del Código Civil, que establece que “los alimentos [...] se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”. Estas variaciones deberán canalizarse a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, ya que cuando se fijan las pensiones no es posible prever circunstancias futuras que puedan afectar a los propios hijos, como la posible realización de estudios universitarios o el abandono de los mismos, ni otras situaciones que puedan afectar directamente a la situación económica, profesional o personal de los propios progenitores, como la pérdida del empleo o el nacimiento de nuevos hijos.

Junto con el citado artículo 147, para tratar de modificar las pensiones de los hijos podemos apoyarnos en los artículos 90 y 91 del Código Civil, que establecen que, para modificar los efectos acordados en la separación, nulidad matrimonial o divorcio, es requisito imprescindible que hayan variado las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su establecimiento.

Sin embargo, estos preceptos han sido modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que elimina del artículo 90 la tradicional expresión “alteración sustancial” y la sustituye por “las nuevas necesidades de los hijos o el

cambio de las circunstancias de los cónyuges”, si bien mantiene la redacción del artículo 91 del Código Civil, que sigue hablando de “alteración sustancial”.

Estas pequeñas modificaciones en el texto de los artículos no han supuesto ningún cambio reseñable a la hora de abordar la materia, mostrándose la jurisprudencia¹⁴⁹ categórica al afirmar que, para que la alteración de las circunstancias tenga trascendencia en la petición de modificación –ya sea al alza o a la baja– de la pensión, ha de haberse producido con posterioridad a la sentencia que fijó las pensiones que deben abonarse a los hijos y debe ser consecuencia de nuevas eventualidades. Esta nueva situación, que va a afectar a la prestación alimenticia, debe ser sobrevenida, relevante, permanente y, por supuesto, ajena a la voluntad del cónyuge que insta la modificación.

¹⁴⁹ Son múltiples las sentencias que recogen los requisitos necesarios para que pueda prosperar la pretensión de modificar la pensión de alimentos. Entre ellas, podemos destacar la SAP Las Palmas de 25 de febrero de 2005 (EDJ 2005/45489), la SAP Soria de 22 de marzo de 2010 (EDJ 2010/68921), la SAP Pontevedra de 25 de enero de 2010 (EDJ 2010/25111), la SAP Granada de 22 de julio de 2011 (EDJ 2011/224207) o la SAP Valencia de 3 de octubre de 2011 (EDJ 2011/279103). Todas ellas coinciden en que los requisitos que deben darse para instar la modificación de las pensiones son los siguientes: “a) que se trate de hechos de nueva consideración, surgidos con posterioridad al dictado que acordó la medida complementaria a los procesos matrimoniales; b) que supongan una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar los efectos complementarios; c) que la alteración de tales circunstancias revista cierto grado de permanencia en el tiempo, es decir, que no obedezca a situaciones de carácter coyuntural o transitorio, y d) que se trate de acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación, y no buscados en consecuencia por el mismo con el ánimo de que obtenga amparo la pretensión de la alteración de efectos solicitados. Además, la concurrencia de tales exigencias debe ser acreditada por quien peticiona la modificación de efectos, en atención a las reglas de la carga de la prueba del artículo 1214 del Código Civil”.

En la misma línea, la jurisprudencia menor viene requiriendo la aplicación de estos requisitos cuando se pretende la modificación de las pensiones, exigiendo un cambio de situación con respecto a las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de las mismas; así lo hacen la SAP Córdoba de 31 de marzo de 2005 (EDJ 2005/77559), la SAP Badajoz de 31 de julio de 2006 (EDJ 2006/282517) y la SAP Castellón de 20 de abril de 2010 (EDJ 2010/134782). A efectos ilustrativos, hacemos referencia al contenido de esta última sentencia, que indica que “la petición de modificación de las medidas acordadas por sentencia de divorcio que aprobó el convenio regulador suscrito por los esposos, requiere que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta con anterioridad para la aprobación de la propuesta de convenio presentada por los cónyuges, pues resulta contrario a las exigencias de la buena fe que el cónyuge que de manera expresa y solemne ha mostrado su aquiescencia con ciertas medidas convenidas con su consorte pretenda la modificación de las mismas sin invocar siquiera una alteración de los presupuestos fácticos determinantes de dicha aquiescencia o acuerdo”. También podemos citar en este apartado la SAP Málaga de 15 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/357739), que resuelve: “La Audiencia Provincial revoca la resolución de instancia que estimó la pretensión actora por el cambio operado en la capacidad económica del demandado, lo que a juicio de la sala no es de recibo, no ya solamente por el hecho de que tal argumento debió ser alegado e introducido en la litis anterior, sino porque además, difícilmente puede producirse un cambio de tal naturaleza en los escasos veintitrés días transcurridos desde el anterior proceso judicial a este, tiempo más que insuficiente como para poder variar de forma sustancial las circunstancias concurrentes como para acceder a la minoración de la pensión alimenticia”.

El hecho de que las nuevas circunstancias estuvieran ya latentes en el momento en que se dictó la sentencia que ahora se pretende modificar conculcaría las exigencias de la buena fe si el progenitor, de manera expresa y solemne, hubiera mostrado su aquiescencia con los alimentos convenidos con su consorte. También se estarían quebrantando estos principios si se pretendiera variar el importe de las pensiones sin invocar siquiera una alteración de los presupuestos fácticos determinantes de dicho acuerdo. Por consiguiente, la alteración deberá ser sustancial y no referirse únicamente a circunstancias accidentales o de poca entidad, y deberá ser debidamente acreditada por la parte que la hace valer para obtener la modificación del convenio o de las medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión. Si no existe ese cambio sustancial, no se podrá justificar una modificación del convenio aprobado judicialmente o de las medidas adoptadas en defecto de este. En este caso, se trataría más bien de una revisión de lo ya acordado y no de un ajuste de la regulación preestablecida por una situación fáctica que ha devenido distinta. Por ello, cualquier pretensión que se quiera hacer valer ante juzgados y tribunales para modificar una pensión debe partir siempre de un presupuesto cierto y fundamental que altere sustancialmente las bases sobre las que se asentaron las medidas y acuerdos cuya modificación ahora se exige; es decir, no se trata de exponer razones meramente subjetivas o de complacencia, sino criterios suficientemente probados, necesarios y convenientes que hagan viable el cese efectivo de las medidas en su día acordadas, estando obligado quien las alega a probarlos y acreditarlos.

Estas son las condiciones que establecen juzgados y tribunales como requisito para admitir dichos cambios, fijando de forma unánime los elementos que deben concurrir de forma objetiva para que se produzca la modificación de las pensiones. Esto va a suponer que la resolución del asunto dependa, una vez más, de la apreciación que cada juez haga de cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias familiares particulares en atención a las pruebas que se presenten.

En consecuencia, debemos analizar de forma individualizada cada uno de los elementos que deben concurrir en estos casos: la alteración sustancial de las circunstancias, que se trate de una alteración sobrevenida, que sea permanente, que sea ajena a la voluntad del cónyuge que insta la modificación de la pensión y que sea acreditada.

8.1.1. Alteración sustancial de las circunstancias¹⁵⁰

Este concepto engloba la totalidad de las circunstancias que determinaron el establecimiento de las medidas que se pretenden modificar, y se exige que hayan cambiado de manera trascendental y fundamental, no admitiéndose las modificaciones de escasa o relativa importancia. Esta alteración de la situación previa ha de poseer la suficiente entidad como para que, de mantenerse lo antes acordado, se produzca un grave perjuicio para los hijos o para los progenitores, poniendo en peligro futuras pensiones.

Así pues, para reconocer como sustancial una alteración de las circunstancias, es preciso que las condiciones personales y patrimoniales de las partes y en las que se basaban los efectos resulten modificadas cualitativa y cuantitativamente, de manera que ya no puedan cubrirse satisfactoriamente las necesidades en los términos acordados por los interesados o según lo resuelto judicialmente.

¹⁵⁰ Son muy numerosas las resoluciones que emplean esta expresión para justificar la modificación de las pensiones de alimentos. La SAP Castellón de 20 de abril de 2010 (EDJ 2010/12294) afirma que “la pérdida involuntaria del puesto de trabajo del padre, que fue indebidamente despedido, por el que percibía un elevado sueldo anual, para pasar a cobrar un subsidio por desempleo, supone una alteración sustancial de las circunstancias tomadas en consideración para cuantificar la pensión alimenticia a favor de los hijos”. Esta misma sentencia manifiesta que la circunstancia de que la pensión por enfermedad que percibe la demandada haya experimentado un aumento “no es motivo para suprimir la pensión de alimentos, pues aquella fue debida al agravamiento en su estado de salud, con lo que no existe ninguna alteración sustancial de las circunstancias que motivaron su imposición”.

En la SAP Baleares de 24 de enero de 2012 (EDJ 2012/7628), “se deja sin efecto la pensión de alimentos a cargo del recurrente y cada progenitor viene obligado a atender las necesidades de los hijos en cuanto estén en su compañía y, respecto de los gastos comunes, deben ser satisfechos a partes iguales, al igual que los gastos extraordinarios. Habida cuenta de la drástica reducción de los ingresos del actor desde la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio en la que se le impuso, pese a la guarda y custodia compartida, una pensión de alimentos a favor de sus hijos, concurre una alteración sustancial de las circunstancias, en consecuencia procede extinguir la pensión de alimentos a favor de los hijos”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de abril de 2012 (EDJ 2012/13591) “tampoco acepta la reducción de la pensión alimenticia señalada a favor de la menor, puesto que la adquisición de una vivienda una vez rehecha su vida con otra persona, una vez nacida ya su obligación alimenticia respecto a la hija menor de los litigantes, no puede considerarse de entidad suficiente para ser considerada una carga a cuya asunción haya de anudarse la reducción de la pensión cuestionada”.

En iguales circunstancias se ha pronunciado la SAP Zamora de 17 de febrero de 2012 (EDJ 2012/40141).

8.1.2. Alteración sobrevenida¹⁵¹

Este requisito se refiere a que la variación en las circunstancias ha de ser consecuencia de hechos nuevos, no previstos, que no pudieron ser tomados en consideración en el momento en que se adoptaron las medidas que se pretenden modificar, bien por haberse producido con posterioridad a ese momento o bien porque no pudo preverse su aparición e influencia.

La alteración, en definitiva, debe tener carácter imprevisible. En consecuencia, no pueden encuadrarse en las pretensiones legales de modificación de la pensión aquellos cambios de circunstancias que ya habían sido contemplados, en previsión de futuro, en el momento de dictarse la resolución judicial que se intenta modificar, ni siquiera aquellos cuyo advenimiento hubiera podido intuirse con un elemental cálculo previsor.

8.1.3. Alteración permanente¹⁵²

Este concepto se refiere a que los eventos causantes de la modificación de la situación anterior deben tener un carácter estable, duradero, con vocación de permanencia, de

¹⁵¹ La SAP Las Palmas de 31 de enero de 2005 (EDJ 2005/9764) asegura que “es doctrina jurídica de la Audiencia Provincial que la modificación de efectos de divorcio requiere alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el anterior procedimiento matrimonial. Tal premisa ha de ser bien entendida para que no puedan volverse a debatir y enjuiciar hechos que ya fueron tenidos en cuenta en anteriores resoluciones judiciales, lo que atentaría contra el principio de cosa juzgada material”.

La SAP Madrid de 11 de mayo de 2011 (EDJ 2011/116098) afirma que “si la modificación se interesa en razón de circunstancias o acontecimientos que ya estaban previstos o que pudieron preverse, no será posible entonces atender a la pretensión modificatoria”.

La SAP Toledo de 17 de abril de 2000 (EDJ 2000/4859) y la SAP Toledo de 28 de octubre de 2009 (EDJ 2009/270199) sostienen que “consideran necesaria la concurrencia de circunstancias de algún modo imprevistas o que no fueron tenidas en consideración en aquel momento, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias y habituales en la vida familiar, con respecto a la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia, y que exija un replanteamiento de las relaciones personales o económicas inherentes a tales medidas. En consecuencia, no tendrán virtualidad para justificar dicha modificación los acontecimientos que, aun sobrevenidos, hubiesen sido ya contemplados, siquiera implícitamente, ni aquellos que, aun suponiendo una alteración de las circunstancias, no incidan de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que se tuvieron en cuenta en el acuerdo, pudiendo deducirse racionalmente que, de haberse previsto, no habrían determinado un cambio en los términos del convenio”.

¹⁵² En estos términos se pronuncia la SAP Salamanca de 13 de enero de 2009 (EDJ 2009/108516) para referirse al carácter permanente y duradero de la modificación, estableciendo que “debe fijarse la pensión alimenticia a favor de la hija del demandado atendiendo a las necesidades actuales de la codemandante y a las posibilidades económicas de que dispone el actor, dado que la mayoría de edad de la hija no conlleva la extinción del pago de dicha pensión, encontrándose aún completando su formación académica”.

modo que las nuevas circunstancias no sean meramente coyunturales o transitorias, quedando excluida toda coyuntura que sea temporal.

8.1.4. Alteración ajena a quien insta la modificación¹⁵³

La alteración de las circunstancias debe haber sido causada por hechos ajenos a la voluntad unilateral del progenitor que propugna la modificación de las pensiones acordadas en la sentencia de nulidad, separación, divorcio o modificación de medidas paternofiliales; de tal manera que en ningún caso sería admisible una alteración que fuese resultado de una acción emprendida con tal fin por parte de quien solicita la modificación de las pensiones de forma dolosa o culpable.

En estos supuestos entraríamos en el ámbito del fraude de ley, el abuso de derecho o el quebrantamiento de los principios de la buena fe. En efecto, resulta obvio que si un progenitor se coloca en situación de insolvencia o abandona su puesto de trabajo voluntariamente, no será de recibo la admisión de la modificación a la baja de la pensión alimenticia.

¹⁵³ La SAP Madrid de 10 de mayo de 2001 (EDJ 2001/57158) se pronuncia en los siguientes términos: “El Tribunal declara que en el procedimiento de modificación de medidas solo es posible acceder a la modificación si se produce una alteración sustancial de las circunstancias que concurrieron y se tuvieron en consideración al fijar las medidas acordadas en sede de separación, debiendo señalarse al respecto que, cuando se hace referencia a una alteración, ha de tratarse de una alteración de los datos o factores sobre los que se asentó la resolución judicial, siempre que dichos cambios no sean propiciados voluntariamente por alguna de las partes, precisamente aquella que insta el proceso modificadorio, y se imponga de manera imprevisible, no pudiendo en consecuencia encuadrarse en las antedichas previsiones legales aquellos cambios de circunstancias que ya fueron contemplados, en visión de futuro, al momento de dictarse la resolución judicial que se intenta modificar, o se intuyera su advenimiento en un elemental cálculo previsor, doctrina esta la cual, aplicada al caso de autos, conlleva el que resulta probado que el demandante ha venido a peor fortuna, mientras que la esposa ha venido a mejor fortuna, debiéndose por tanto reducir la cuantía de la pensión compensatoria en la misma proporción en que se hayan reducido sus ingresos”.

La SAP Baleares de 9 de mayo de 2002 (EDJ 2002/33660) sostiene que si la alteración, aunque sea sustancial, ha devenido por dolo o culpa del que tiene obligación de prestar alimentos u otra contribución económica, no puede repercutir en su cambio o modificación, ya que habrá sido intencional o culposamente conseguida. Así lo pone de manifiesto cuando afirma que “no se pueden abandonar voluntariamente las diferentes fuentes de ingresos con que se cuente (empleos, fundamentalmente) y alegar después alteración sustancial de su fortuna para intentar así disminuir la contribución económica a su familia anterior, so pena de fraude de ley, abuso de derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe. Que en dichos cambios no puede perderse de vista que cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el superior principio del *bonum filii*. Así lo consagra, en el marco de las normas fundamentales inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 39 de la Constitución (EDL 1978/3879), que es desarrollado en el nivel de la legalidad ordinaria por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (EDL 1996/13744)”.

8.1.5. Alteración acreditada¹⁵⁴

Finalmente, como último requisito se exige que la alteración de las circunstancias sea probada por quien solicita la modificación de medidas conforme a las reglas probatorias establecidas, haciéndose recaer la carga de la prueba sobre el progenitor que solicita la revisión de las pensiones.

La necesidad de probar el cambio de las circunstancias tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica, ya que la petición de modificación del contenido o de la cuantía de la pensión alimenticia supondrá transformar o dejar sin efecto las medidas acordadas en una resolución judicial firme y ejecutoria.

En definitiva, es imprescindible que queden cumplidamente acreditados los nuevos eventos, para lo que se emplearán todos los medios de prueba admitidos en derecho, teniendo en cuenta que la actividad probatoria ha de dirigirse tanto al momento en que concurrían las circunstancias en función de las cuales se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende, como al momento en el que se solicita dicha modificación, a fin de valorar si existe o no un cambio significativo¹⁵⁵.

8.2. Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia

Habiendo analizado la cuestión de la modificación de las pensiones de forma genérica, es necesario ahora detenerse en los diversos supuestos concretos que con mayor frecuencia se presentan en la práctica judicial diaria; y es precisamente la solicitud de reducción de la pensión de alimentos el caso más habitual y que más a menudo suele plantearse en el marco del conflicto familiar ante juzgados y tribunales.

Una coyuntura como la actual, con una sociedad inmersa en una crisis económica que parece haberse cronificado, ha dado lugar a que la pretensión de reducir

¹⁵⁴ Dicha condición es recogida, entre otras, en la SAP Baleares de 9 de mayo de 2002 (EDJ 2002/33660) y en la SAP Teruel de 28 de julio de 2011 (EDJ 2011/193673), que indican que toda la fuerza argumentativa debe concentrarse en demostrar la alteración sustancial y significativa de las circunstancias o los eventos no eludibles. Ello es así porque el mínimo de seguridad jurídica indica que la regla general es la inalterabilidad de esas medidas y la excepción, su modificación.

¹⁵⁵ La normativa en materia probatoria se recoge tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

la pensión por parte del deudor de la misma se haya convertido en objeto de continuas y repetidas batallas judiciales.

Uno de los grandes retos que se plantea el derecho de familia es el de establecer un patrón común para que jueces y magistrados puedan resolver homogéneamente estas controversias; y es que no es extraño encontrarse en la práctica diaria con que, como consecuencia de una mala coyuntura económica familiar, un progenitor acuda en varias ocasiones a lo largo de un breve período de tiempo a solicitar reducciones de la pensión.

Tanto el legislador como los propios jueces han realizado tímidos intentos para evitar la continua judicialización de la cuestión, como la creación de las ya mencionadas tablas de pensiones del Consejo General del Poder Judicial o la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que por su carácter voluntario y no vinculante adolece de una clara falta de efectividad, lo que obliga a los jueces a resolver cada asunto atendiendo a las normas de la sana crítica y valorando las circunstancias concretas de cada caso, lo que sin duda dificulta la homogeneización de la resolución de conflictos sobre las pensiones de los hijos.

8.2.1. Reducción de los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia

Esta situación se plantea cuando el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia en favor de sus hijos, establecida en sentencia firme, solicita que la cuantía se reduzca atendiendo a la disminución de sus ingresos. Esta circunstancia puede deberse a infinidad de causas, como la pérdida del empleo, la jubilación, el padecimiento de una enfermedad que lleve aparejada la declaración de incapacidad, o cualquier otra causa que implique, en definitiva, una disminución de los recursos económicos.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, el simple hecho de que hayan disminuido los ingresos del progenitor obligado al pago no significa que la pensión alimenticia deba reducirse de forma automática, ya que, sin perjuicio de los problemas económicos que sufren muchos padres de familia, en la práctica, algunos de estos progenitores desean liberarse cuanto antes de las cargas de su antigua relación, y no dudan en fingir situaciones de insolvencia para conseguirlo. Esto conduce a que, en muchas ocasiones, el debate central del procedimiento verse más sobre la necesidad de

averiguar si la nueva situación económica es simulada o si, por el contrario, verdaderamente han disminuido los ingresos.

No podemos olvidar que uno de los elementos que condiciona en mayor medida la pretensión de reducir el importe de la pensión es el diferente tratamiento que hace la jurisprudencia de los alimentos en función de si los hijos son mayores o menores de edad. Así lo ha puesto de manifiesto la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo al tratar el asunto haciendo de antemano una distinción entre que la modificación a la baja de la pensión afecte a hijos mayores o a hijos menores de edad. Cabe destacar, entre otras, la STS sala 1ª de 12 de febrero de 2015 (EDJ 2015/12014) y la STS sala 1ª de 2 de junio de 2015 (EDJ 2015/93096), que afirma que “de inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 de la Constitución Española, y que es la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)”.

Así, se predica un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, “pues al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darles cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”.

Por tanto, ante una situación de dificultad económica, habrá de examinarse cada caso concreto y revisar si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil, según expone la STS sala 1ª de 16 de diciembre de 2014 (2014/269286). Sin embargo, es ineludible cumplir los requisitos generales analizados en el apartado anterior y que la sala 1ª del Tribunal Supremo, en la misma sentencia de 2 de junio de 2015, se dedica a sintetizar a partir de las resoluciones dictadas por las audiencias provinciales. Estos requisitos, cuando la acción va encaminada a solicitar una reducción de los alimentos, pueden resumirse en cinco puntos:

1.º que la reducción de los ingresos del obligado al pago de los alimentos se haya producido con posterioridad a que se dictase la sentencia en la que se fijó la pensión;

2.º que la reducción de ingresos tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida;

3.º que esta reducción de ingresos no obedezca a una situación transitoria;

4.º que el motivo o la causa de esta reducción de ingresos se deba a circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del progenitor que solicita la modificación;

5.º que la reducción de ingresos se acredite suficientemente.

Al igual que para fijar la pensión alimenticia inicial, deberán tenerse en cuenta todos los ingresos que reciba el progenitor obligado al pago, tanto los provenientes del trabajo personal como los derivados de rendimientos de capital mobiliario o inmobiliario, por lo que deberá analizarse si las causas de la reducción obedecen a un cambio en la relación laboral o mercantil. También habrá de tenerse en cuenta si se trata de un trabajador por cuenta ajena o de un autónomo; o si ha dejado de trabajar por haber accedido a la jubilación, por hallarse en situación de desempleo o por haberse decretado su incapacidad laboral, atendiendo en definitiva a las circunstancias del caso concreto.

Las situaciones que presentan menos dificultades en la práctica son aquellas en las que el progenitor percibe una única retribución como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. Pero también pueden darse casos en que los ingresos del progenitor provengan de una o varias fuentes externas, que pueden ser terceras personas físicas o jurídicas, o administraciones públicas.

En estos casos, salvo excepciones, atendiendo al deber de colaborar con la justicia, los actores deberán proporcionar la información fiel y veraz sobre las variaciones salariales o extrasalariales que les sea requerida por los juzgados, referida al trabajador-progenitor cuyos ingresos se analizan. De esta manera, será más fácil comprobar si realmente se ha producido o no un cambio de las circunstancias como consecuencia de la disminución de ingresos; sin embargo, es obvio que deberá analizarse el motivo por el que, siguiendo en la misma empresa y desempeñando, en principio, funciones similares, el trabajador cobra ahora menos que antes¹⁵⁶, cuestión

¹⁵⁶ La SAP Cádiz de 18 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/45991) acuerda que “la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia al haber dejado de percibir el padre, por decisión de la empresa, la retribución por horas extraordinarias”. La SAP Barcelona de 26 de febrero de 2004 (EDJ 2004/105018) sostiene que “también puede darse el caso de que la reducción de ingresos venga justificada por un cambio de categoría profesional. Esta situación puede presentarse cuando el trabajador, por ejemplo, está en comisión de servicio, y desempeña su actividad laboral en otro puesto distinto al suyo, y por la incorporación del titular cesa en la comisión de servicios. Igualmente sucede esto cuando, sin dejar su puesto de trabajo, desempeña además otras funciones que corresponden a otro trabajador (es técnico de la administración local y al mismo tiempo, por vacante, desempeña el cargo de Secretario del Ayuntamiento y cobra un plus por dicha actividad que finaliza cuando se incorpora un Secretario titular). [Se dicta la]

que en la actualidad se suele plantear con bastante frecuencia como consecuencia de las reformas legales emprendidas en materia laboral¹⁵⁷.

En definitiva, la complejidad de esta cuestión no radica tanto en los requisitos aplicables para que prospere la reducción de los alimentos invocada por un progenitor, los cuales son conocidos y admitidos por todos los profesionales de la justicia, como en el modo en que se interpretarán las pruebas en cada caso concreto en función de si los ingresos del progenitor no custodio han sufrido una reducción y si esta es o no relevante. No solamente deben analizarse las causas que han motivado tal reducción, sino también el resto de circunstancias que concurren en el caso, lo que hace necesario acreditar los requisitos establecidos por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo para justificar la disminución de la cuantía de la pensión.

Ahora bien, las enormes facultades que tiene el juez de familia a la hora de admitir y valorar las pruebas, unidas a la múltiple casuística que puede darse, impiden fijar un criterio uniforme para su interpretación por parte de la jurisprudencia menor, tal y como se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Pontevedra de 20 de julio de 2012 (EDJ 2012/173396), la SAP Madrid de 8 de julio de 2013 (EDJ 2013/145509) y la SAP Madrid de 9 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/289953).

Especialmente gráfica resulta la SAP Albacete de 30 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/179804) cuando acuerda la reducción de la pensión en un supuesto bastante sensible en nuestros días, como es el de aquellas personas que antes de la crisis disfrutaban de una situación económica que les permitía hacer frente a las pensiones y que, sin embargo, tras perder su puesto de trabajo, se encuentran con serias dificultades para acceder de nuevo al mercado laboral.

En este apartado adquiere también especial relevancia el supuesto de aquellas personas de más de 45 años de edad que cuando por fin consiguen reincorporarse al

reducción de la pensión alimenticia al reducirse sustancialmente los ingresos del padre como consecuencia del cese como agregado laboral en una embajada y su incorporación a letrado del INSS”.

La SAP Madrid de 21 de febrero de 2004 (EDJ 2004/11311) aborda un supuesto de cese del progenitor de un cargo público y su incorporación al trabajo que desempeñaba antes de su elección y afirma que, “por lo general, la reelección de un cargo público no depende directamente de la persona sino de que se le incluya en las listas de un partido político y salga elegido en alguna consulta electoral. Precisamente por ello los tribunales suelen encontrar justificada la reducción de ingresos”.

La SAP Sevilla de 31 de marzo de 2010 (EDJ 2010/35996) establece que “no procede reducir la cuantía de la pensión de alimentos porque los ingresos del obligado al pago no hayan experimentado el mismo aumento que el IPC”.

¹⁵⁷ Con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

trabajo lo hacen en condiciones económicas y profesionales mucho peores que las que tenían previamente.

En definitiva, las complicaciones en el mercado de trabajo y la falta de expectativas que esto genera obligan a muchos padres a solicitar la reducción de las pensiones. En los casos más extremos, cuando la situación se prolonga indefinidamente –tras consumir todas las prestaciones económicas y ayudas sociales–, se convierten en parados de larga duración sin apenas esperanzas de volver a trabajar, precisamente cuando, en muchas ocasiones, los hijos se encuentran en una fase de su vida en que suponen un mayor coste para los progenitores. Así se refleja en la mencionada sentencia cuando explica que “se trata de una modificación sustancial, en tanto que antes percibía unos ingresos y ahora no percibe nada, que no es coyuntural y pasajera, pues lleva desde el año 2010 en esas circunstancias, y es imprevisible porque aunque supiese la fecha de extinción de la pensión, lo que no podía saber es lo que iba a pasar en un futuro con el régimen de prestaciones públicas, ni con el mercado laboral, es decir, si se le iba a conceder otra pensión o iba a encontrar un trabajo. Y por último es objetiva, en tanto que no buscada o provocada por el recurrente, quien ha acreditado con el documento aportado que está inscrito en el organismo correspondiente demandando empleo”.

En similares términos se pronuncia la SAP Cuenca de 7 de octubre de 2014 (EDJ 2014/224321) cuando el tribunal valora las circunstancias del caso tomando en consideración no solo la drástica reducción de ingresos, sino también la falta de expectativas del progenitor de reincorporarse al mercado laboral teniendo en cuenta el tiempo que lleva desempleado, y afirma que “ha quedado acreditado que el Sr. Leopoldo es beneficiario del subsidio de desempleo desde la fecha 20/11/2013 a 29/05/2014, percibiendo una prestación de 426,00 euros, por lo que ponderando esta circunstancia y aun teniendo en cuenta que, tal y como manifiesta la parte, la pensión de alimentos establecida en la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial en fecha 9 de junio de 2010, que el mismo, tal y como se recoge en la sentencia, ya se encontraba en situación de desempleo desde el día 22 de agosto de 2009 (folio 20 de las actuaciones) no es menos cierto que sus retribuciones mensuales, según la sentencia, ascendían a la cantidad de 697,14 euros mensuales, por lo que ponderando todas las circunstancias concurrentes, este tribunal considera que debe minorarse el importe de la pensión de alimentos que viene establecida a favor de sus hijos, teniendo en cuenta que los únicos ingresos que percibe son el subsidio de desempleo que asciende a la cantidad

de 426 euros, según consta en el documento que obra al folio 21 y 90 de las actuaciones”.

Sin embargo, salvo en este tipo de casos extremos, la cuestión resulta enormemente controvertida pues, en otras ocasiones, a pesar de haberse acreditado la reducción de los ingresos, el tribunal entiende que carece de relevancia a efectos de la disminución de la pensión alimenticia. Es el caso de la SAP Toledo de 21 de marzo de 2012 (EDJ 2012/69154), que diferencia con total claridad dos aspectos importantes para acreditar la justificación de la reducción de la pensión: el primero de ellos consiste en demostrar que se ha producido una reducción en los ingresos del progenitor que abona la pensión, y el segundo, que esta reducción afecta a su capacidad económica, lo que supone que la cuestión adquiera un carácter aún más intangible, obligando al juez a adoptar una decisión basándose en baremos subjetivos, lo cual complica sensiblemente la resolución. Así, la sentencia resuelve “no acogiendo la pretensión del apelante sobre la reducción de la pensión con la que contribuía al sostenimiento de las necesidades de su hijo menor de edad que solicitaba se efectuara en proporción a la reducción que se ha producido en sus ingresos propios, por entender que la modificación sustancial a apreciar no es aquella que se produzca sin más por una disminución en general de los ingresos del apelante, sino aquella disminución que realmente y en la práctica modifique su capacidad económica para seguir sufragando lo que se consideró en su día que atendía las necesidades de todo orden de su hijo”.

La SAP Salamanca de 22 de julio de 2011 (EDJ 2011/193208) se pronunció en idénticos términos, aunque planteando en este punto otra cuestión que es objeto de enorme controversia en la práctica: qué alcance que debe tener la reducción de los ingresos para que se modifique la cuantía de la pensión. En este sentido, sostiene que “la esposa, aparte de su trabajo actual, ha probado la posible contratación de una chapuza [...], pero por la cantidad presupuestada no tiene la suficiente entidad y estabilidad como para determinar que no se han modificado las circunstancias del esposo divorciado, que antes era autónomo de la albañilería y ganaba importantes retribuciones y en estos momentos trabaja por cuenta ajena en un estanco”.

La SAP Málaga de 22 de enero de 2014 (EDJ 2014/8938), si bien continúa la línea de la jurisprudencia más pacífica sobre la materia, insiste en que un único factor preponderante no es suficiente para justificar por sí solo la disminución de la pensión. Además, considera que deben cumplirse los requisitos objetivos previstos para que

pueda modificarse la cuantía de los alimentos, cuando afirma que “la modificación de las medidas acordadas por sentencia firme en los procesos matrimoniales, únicamente puede tener lugar cuando, por causas ajenas al propósito o a la deliberada voluntad del solicitante, se produzca una alteración objetiva y sustancial de las circunstancias personales o materiales relativas a los padres o a los hijos menores, que suponga la aparición de hechos nuevos e imprevistos, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales, de acuerdo con la posición socioeconómica de la familia y la realidad social del momento, respecto a la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia, y sobrevenida con posterioridad a su adopción. Igualmente, esa modificación debe tener cierto carácter de permanencia, lo que excluye situaciones meramente transitorias”.

Además, esta sentencia insiste en que todas las circunstancias deberán ponerse en relación; ya que, para que prospere la reducción de una pensión de alimentos fijada por una resolución judicial, no puede alegarse la simple pérdida del trabajo o la disminución de los ingresos como única justificación para modificar a la baja la pensión, tal y como pone de manifiesto al indicar que “entre las causas legales que determinan el cese de la obligación de dar alimentos, se encuentra la imposibilidad del alimentante de satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Pero el estado de desempleo y la falta de ingresos no justifican la suspensión o reducción de alimentos, pues dicha circunstancia no determina por sí misma la imposibilidad real de satisfacerlos, máxime si, como en nuestro caso, el alimentante trabaja a tiempo parcial”.

La mayoría de las audiencias provinciales considera que el elemento determinante para justificar que dicha reducción pueda llevarse a efecto es la capacidad probatoria que tenga el padre deudor para demostrar que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias y que se cumplen los requisitos necesarios para la modificación de medidas.

No podemos olvidar que la reducción de la pensión de alimentos es una medida de especial gravedad. Como hemos venido poniendo de manifiesto, la pensión alimenticia no solo goza de la máxima protección jurídica, sino que además, para que pueda ser modificada, es requisito que haya sido acordada con anterioridad en sentencia firme. Esto supone que las pensiones alimenticias que se pretenden cambiar tienen una cobertura jurídica reconocida.

Este razonamiento se encuentra recogido en buena parte de la jurisprudencia menor más reciente¹⁵⁸. Resulta especialmente significativo a este respecto el caso tratado en la SAP Baleares de 14 de enero de 2014 (EDJ 2014/6669), en el cual, a pesar de encontrarse latentes los requisitos exigidos para que se produzca la modificación de la pensión, se deniega la reducción ante la ausencia de pruebas que acrediten “que se haya producido variación sustancial respecto de la situación económica del apelante valorada para la fijación inicial del importe de la pensión, siempre en atención a las necesidades de las menores”.

Este suele ser, por tanto, el problema esencial que genera la enorme litigiosidad existente en la práctica; pues son multitud los supuestos que plantean dudas acerca de si se ha producido o no esa alteración de las circunstancias que haría aconsejable la reducción de la pensión de alimentos.

En este orden de cosas, es muy habitual que, en la actualidad, esta alteración se deba a que el progenitor obligado al pago de la pensión esté vinculado laboralmente a una empresa que atraviesa dificultades económicas, lo que repercutirá directamente en los trabajadores, que verán modificadas sustancialmente sus condiciones de trabajo, con reducciones de la jornada laboral, supresión de horas extraordinarias, eliminación de los pluses económicos no consolidables o disminución de los salarios, especialmente cuando parte de las retribuciones depende de la consecución de objetivos.

Estas modificaciones contractuales se vienen produciendo desde el inicio de la crisis económica, y especialmente a partir de la aprobación de la ya mencionada reforma laboral del año 2012, que provocó un giro en el mercado de trabajo, flexibilizando las relaciones laborales, lo que sin duda ha afectado a las condiciones esenciales de los contratos. Desde el punto de vista económico, estas circunstancias se han traducido en reducciones y congelaciones salariales, lo que ha tenido una repercusión evidente en el caudal económico de muchos progenitores deudores de pensiones alimenticias.

Todo esto nos permite concluir que los incidentes de modificación de medidas que persiguen la reducción de la pensión alimenticia no son ajenos a esta nueva

¹⁵⁸ La necesidad de demostrar que se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias que dieron lugar a la pensión inicial se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Castellón de 4 de febrero de 2011 (EDJ 2011/77979), la SAP Madrid de 9 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/273454), la SAP Murcia de 27 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/274155), la SAP Badajoz de 30 de mayo de 2014 (EDJ 2014/97564), la SAP A Coruña de 9 de mayo de 2014 (EDJ 2014/130978) y la SAP Santa Cruz de Tenerife de 8 de abril de 2014 (EDJ 2014/195689).

coyuntura laboral, pues todo cambio concreto que afecte a sus condiciones laborales y de ámbito económico va a ser invocado por los progenitores para justificar la reducción de la pensión, tal y como se ha puesto de manifiesto en la STSJ Aragón de 22 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/249605), así como en la SAP Córdoba de 24 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/250541), sentencias dictadas con posterioridad a la aprobación de las actuales reformas vigentes en materia de contratación laboral.

Estos cambios en el marco de la legislación laboral pueden ser una de las causas del incremento de las controversias judiciales en relación a las peticiones de modificación de las pensiones a la baja, como consecuencia del empeoramiento de las condiciones laborales; sin embargo, esta realidad en nada afecta a los requisitos exigidos para que la petición de reducir la pensión prospere, que deberán ser cumplidos igualmente. De este modo, si se ha producido una reducción de los ingresos o un cambio de empresa o de trabajo, deberán justificarse suficientemente cuáles han sido las causas conducentes a esta nueva situación laboral, esto es, si el cambio ha obedecido exclusivamente a una decisión voluntaria del trabajador o, si por el contrario, ha sido motivado por eventos ajenos a este –como, por ejemplo, su despido–, aspecto que tendrá especial relevancia a la hora de justificar la modificación de la pensión.

Como es lógico, cuando las nuevas condiciones laborales o el cambio de trabajo obedecen exclusivamente a una decisión personal del progenitor-trabajador que solicita la modificación de medidas, este nuevo estatus laboral no podrá ser esgrimido como causa para exigir la reducción de la pensión alimenticia.

8.2.2. Dificultades para estimar los ingresos del trabajador autónomo o por cuenta propia

Una de las mayores problemáticas es la que se genera al tratar de acreditar la capacidad económica y los ingresos que percibe el alimentante no sujeto a una relación laboral por cuenta ajena –o a otro régimen contractual que facilite la transparencia fiscal. En estos casos, el deudor de la pensión no tiene una retribución fija que permita determinar de forma clara e inequívoca cuáles son sus percepciones por rendimientos del trabajo, pues es frecuente que algunos meses reciba mayores ingresos y que, en otros, los gastos superen a los ingresos; existiendo, por otra parte, la posibilidad de que oculte ingresos, en función de la actividad profesional que desarrolle.

Todo ello obliga, en muchas ocasiones, a emprender una amplia, ingente –y a veces inadmisiblemente o inaccesiblemente– actividad probatoria, siendo necesario incluso acudir a profesionales externos para que estudien si el actor consigna correctamente toda la información en los libros obligatorios de contabilidad, ingresos, IVA, inventarios, balances, etc., con el fin de acreditar si las declaraciones formuladas relativas a la alteración de las circunstancias por la reducción de ingresos se ajustan a la realidad¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Son múltiples las sentencias que abordan casos de progenitores sobre cuyos ingresos y gastos no existe un control efectivo, y que plantean numerosas consideraciones y controversias. En estos supuestos, los juzgados parecen exigir un plus probatorio, tal y como se pone de manifiesto en multitud de resoluciones. Por ejemplo, la SAP Málaga de 7 de julio de 2003 (EDJ 2003/97402) concluye que “se mantiene la pensión alimenticia establecida a favor de la hija y a cargo del padre, al no considerar probada la modificación sustancial de circunstancias que alega aquel, pues no es creíble la base en que pretende apoyarse de pérdidas en las sociedades que crea o de las que forma parte, o de la que es asesor fiscal. No resulta verosímil que un asesor fiscal e intermediario comercial no disponga de haberes suficientes para atender la más moderada pensión de alimentos establecida a favor de su hija”.

La SAP Badajoz de 14 de mayo de 2004 (EDJ 2004/45522) considera que “no ha lugar a reducir la cuantía de la pensión alimenticia en atención a un supuesto empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, al exteriorizar este un alto nivel de vida”. La SAP Barcelona de 8 de julio de 2004 (EDJ 2004/96074) afirma: “No procede reducir el importe de la pensión alimenticia a favor del hijo dada la actitud obstativa del obligado al pago de acreditar sus reales ingresos”. La SAP Navarra de 3 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/222606) asegura que “no procede reducir el importe de la pensión de alimentos por cuanto que no se justifica la crisis empresarial alegada”. La SAP Madrid de 7 de febrero de 2005 (EDJ 2005/21101) sostiene: “No ha lugar a reducir el importe de la cuantía de la pensión alimenticia fijada en 120 euros dado que es el demandado quien se halla en mejores condiciones de acreditar el importe de sus ingresos, pero lo cierto es que no intentó prueba al respecto”. La SAP Ourense de 8 de marzo de 2005 (EDJ 2005/53208) resuelve que “no es procedente modificar la cuantía de la pensión alimenticia cuando no es posible fijar de manera concreta y precisa los ingresos del progenitor que realiza una actividad laboral al margen de cualquier control tributario o administrativo, actividad laboral que es la misma que realizaba cuando se fijó la pensión”.

La SAP Madrid de 14 de marzo de 2005 (EDJ 2005/44610) concluye que “No ha lugar a reducir el importe de la pensión alimenticia reconocida a favor de las dos hijas puesto que el alimentante oculta sus verdaderos datos económicos”. La SAP Madrid de 20 de julio de 2010 (EDJ 2010/174085) considera que “procede mantener en el procedimiento de divorcio la pensión de 1.200 euros pactada de común acuerdo en la separación. El padre, abogado de profesión, no acredita su reducción de ingresos; frente a la Declaración de Renta existen indicios de su no disminución de ingresos: ha adquirido un Audi 4 y un 15,15 % de una vivienda”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio de 2011 (EDJ 2011/275926) afirma que “no procede reducir la pensión de alimentos a los hijos al no haber acreditado el padre el empeoramiento o su situación de precariedad económica, en relación con la situación existente cuando se fijó la pensión: el recurrente desarrolla su misma actividad laboral, aunque ahora lo haga bajo la forma societaria, explotando además un negocio de muy difícil control externo en cuanto a sus ingresos, lo que en modo alguno puede perjudicar a la parte más débil”.

La SAP Zaragoza de 4 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/338092) considera que “no se acredita la alegada disminución de ingresos por haber tenido que alquilar un gimnasio más pequeño, pues no se ha probado que por ello se hayan reducido sus ingresos y que se hayan matriculado menos alumnos. Ineficacia de las Declaraciones de Renta al no presentarse las de los años necesarios para realizar examen comparativo”.

La SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/271167), la SAP Madrid de 5 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/237808) y la SAP Huelva de 2 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/276556) se pronuncian en términos semejantes, acordando “reducir la pensión alimenticia que debe abonar el apelante a sus hijos, al aplicar el criterio de proporcionalidad entre los recursos del obligado al pago y las necesidades del alimentista para determinar la cuantía de la misma”.

En definitiva, ante la complejidad de estos casos no queda otra alternativa que tratar de demostrar, con todos los medios probatorios posibles, el empeoramiento de la situación económica del deudor de la pensión. La dificultad probatoria no solo afecta a aquel que pretende acreditar que los datos no se corresponden con la realidad y que han podido ser falseados o alterados, o que se ha ocultado parte de los ingresos –habitualmente por parte del progenitor que no administra la pensión alimenticia y que solicita su reducción–; sino que, en ocasiones, la ocultación también puede ser practicada por el progenitor custodio, será entonces el deudor quien se encontrará con dificultades para demostrar que aquel que administra las pensiones goza de una situación económica mejor de la que afirma tener.

El progenitor que trabaja por cuenta propia, para demostrar su mala situación económica, deberá aportar, junto con las declaraciones fiscales trimestrales y anuales de su actividad profesional, la relación de compras a proveedores o de clientes que permita acreditar que el volumen de su actividad ha disminuido; documentos que justifiquen la crisis que atraviesa un determinado sector productivo debido a causas como el aumento de la oferta de profesionales del mismo sector o de la carga impositiva, o informes y facturas de gastos extraordinarios que haya tenido que soportar, o de créditos pendientes o de pasivo a los que tenga que hacer frente.

Sin embargo, a pesar de la aparente situación de insolvencia que pueda acreditar el actor, en ocasiones puede deducirse que este cuenta con mayores ingresos de los que

La SAP Murcia de 27 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/274147) resuelve que “no habiéndose producido ninguna alteración sustancial de las circunstancias que concurrían en el proceso de separación, no procede en el divorcio reducir la cuantía de la pensión de alimentos de las hijas: el padre sigue desempeñando la misma actividad laboral que entonces, habiendo aludido en términos genéricos a la actual sequía y al fenómeno social de la inmigración como potencialmente reductores de las posibilidades de trabajar como asalariado agrícola; alegaciones inestimables y fácilmente rebatibles (subsidiariedad del trabajo ofrecido a foráneos sin cuantificar, economía sumergida, etc.)”.

La SAP Málaga de 9 de octubre de 2014 (EDJ 2014/295617) considera que “no queda acreditada en las actuaciones [la situación económica del deudor], desconociendo por completo el tribunal con qué concretos medios económicos cuenta la unidad familiar nueva constituida por el demandante, si tan solo con sus ingresos o, por el contrario, también con los de su nueva esposa, aspecto sobre el que se aprecia completa y absoluta orfandad probatoria en las actuaciones, lo que, en definitiva, nos lleva a acordar la confirmación de la sentencia en este motivo analizado”.

La SAP Cantabria de 16 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/270779) resuelve que “no procede en el divorcio reducir la pensión de alimentos pactada a favor de los hijos en el convenio de separación: el esposo continúa trabajando en el mismo negocio que lo hacía durante el matrimonio, aunque ahora figure a nombre de su actual compañera, y manifiesta que cobra la misma cantidad que obtenía entonces. Por su parte, los gastos de los menores no solo no han disminuido, sino que, como es lógico, se incrementan con la edad, y además ahora no comen en el comedor escolar, sino que lo hacen en casa. Principios de los que emanan la obligación de prestar alimentos y los criterios para su fijación”.

La SAP Badajoz de 30 de mayo de 2014 (EDJ 2014/97564) y la SAP Pontevedra de 28 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/264498) resuelven de manera similar.

afirma tener observando ciertos signos externos, como la posesión de determinados bienes muebles o inmuebles que, aunque se encuentren inscritos a nombre de terceras personas, realmente son usados por él.

En suma, en todos estos supuestos entrará en juego la prueba de presunciones regulada por los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶⁰, por lo que será indispensable que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir exista “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, lo que ha sido defendido, entre otras sentencias, por la SAP Madrid de 26 de febrero de 2002 (EDJ 2002/16281) y la más reciente SAP Madrid de 16 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/331689), que rechaza expresamente la modificación de la pensión ante la ausencia de información, ya que “la intención del padre del menor, durante todo el proceso, de ocultar sus ingresos y su patrimonio, y la falta de aportación de datos respecto a los ingresos en el bar, no puede perjudicar al menor. Es adecuada la cantidad fijada en concepto de pensión de alimentos para el hijo menor y a cargo del padre, sin que sean computables a tal fin los ingresos que haya percibido en el pasado el padre del menor de las compañías de seguros”.

Ahora bien, consideramos que –sin perjuicio de la libre valoración que puede y debe hacer el juzgador en cada momento– resulta insostenible, en la práctica, poner en tela de juicio determinada documentación económica o fiscal oficial acreditativa de la situación patrimonial de una persona, máxime si, como suele ser habitual, no existe una prueba fehaciente que permita afirmar que dicha información no es veraz.

Esta situación hace que, en muchas ocasiones, las conclusiones judiciales se basen en meras presunciones, sospechas o interpretaciones particulares, sin apoyo en

¹⁶⁰ Así se recoge el juego de presunciones en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463):

Artículo 385. Presunciones legales: “1.º Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones solo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2.º Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, esta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3.º Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba”.

Artículo 386. Presunciones judiciales: “1.º A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2.º Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

pruebas objetivas reales, cuando no se da veracidad a la información patrimonial aportada en el pleito por la partes, lo que puede poner en peligro el principio de seguridad jurídica.

Además, es frecuente encontrarse con problemas prácticos ajenos al contenido jurídico de la pensión alimenticia, como, por ejemplo, que los juzgados no cuenten ni con los medios, ni con los profesionales –fiscales, contables financieros de personas físicas y de sociedades mercantiles, etc.–, ni con los conocimientos específicos necesarios para valorar documentos o informaciones de enorme complejidad con la precisión requerida. Lo anterior, además de poner en peligro el principio de seguridad jurídica, también puede vulnerar el derecho a la defensa, cuando en ocasiones se obliga a las partes a asumir los costes periciales, que pueden suponer una cuantía superior incluso a la del interés discutido en el procedimiento o resultar inasumibles para las partes, teniendo en cuenta que lo único que se pretende es determinar la situación económica del progenitor que declara su empeoramiento, todo ello en el ámbito de una economía familiar.

8.2.3. Finalización de la vida laboral: jubilación o incapacidad laboral

La finalización de la vida laboral, se deba a haber alcanzado la edad de jubilación, o se deba a padecer una enfermedad o haber sufrido un accidente que incapaciten al trabajador para desempeñar sus tareas, puede justificar por sí misma la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia, pues, en general, conllevará –salvo en aquellos casos en que los rendimientos del trabajo constituyan una mínima parte de los ingresos del progenitor– un descenso del nivel económico del deudor de la pensión con respecto al que tenía estando en activo. En cualquier caso, ante supuestos de este tipo, se han de tener en consideración varios factores: la disminución de la cuantía de los ingresos, el importe de las prestaciones que se van a recibir y si estas constituyen la principal fuente de ingresos del progenitor.

La reducción de la pensión alimenticia de los hijos fundamentada en la jubilación del progenitor no suele ser objeto de grandes controversias, pues el cambio de circunstancias es fácilmente demostrable mediante un certificado de la Seguridad Social en el que, además, consta el importe de la pensión de jubilación.

Ahora bien, también es posible que la jubilación no implique una disminución drástica de los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia, puesto que puede que este siga desempeñando alguna actividad laboral o que la mayor parte de sus ingresos provengan de bienes muebles o inmuebles. Así ha sido reconocido, entre otras, por la SAP A Coruña de 2 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/206025), la SAP Valencia de 7 de mayo de 2008 (EDJ 2008/117105), la SAP Madrid de 23 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/341082) y la SAP Madrid de 25 de enero de 2013 (EDJ 2013/28483); en las cuales se da por probado que, a pesar de producirse una disminución de los ingresos derivados del trabajo –como consecuencia del paso del progenitor a una situación de clase pasiva del Estado–, el volumen de ingresos se sigue manteniendo. Esto, sin duda, convierte en anecdótica la pérdida de retribuciones por el trabajo si a ello se une, además, que no han variado ni la fortuna del otro progenitor ni las necesidades de los hijos, por lo que no procedería en estos casos la reducción de la pensión.

En este apartado conviene detenerse en el supuesto de la prejubilación, que constituye una situación transitoria entre la condición de activo y la de pensionista de jubilación, y que en ocasiones puede tener transcendencia jurídica, tal y como ha puesto de manifiesto la SAP A Coruña de 18 de abril de 2001 (EDJ 2001/27113) al afirmar que “no debe ser voluntaria para que pueda ser considerada alteración de circunstancias y entrar en juego con transcendencia jurídica revisora”.

Sin embargo, es importante hacer una reflexión en relación a esta cuestión: estas situaciones de jubilación parcial no siempre pueden ser consideradas como asumidas de forma voluntaria por el propio trabajador, ya que suelen ir unidas en muchas ocasiones a situaciones de crisis en las empresas, que se resuelven con expedientes de regulación de empleo o modificaciones contractuales que acaban siendo una “invitación forzosa” al trabajador afectado a aceptar la extinción de su contrato. Por ello, difícilmente pueden compararse estas eventualidades con los supuestos en que el progenitor deudor de la pensión, con el fin de simular un cambio de circunstancias, se coloca fraudulenta y voluntariamente en situación de desempleo.

Cuestión diferente es que la jubilación parcial haya sido solicitada unilateralmente por el trabajador, o que le haya sido ofrecida por la empresa como una opción a la que acogerse voluntariamente, y que pretenda alegarla como una alteración

de las circunstancias que justifique la reducción de su caudal y, por ende, de la pensión de alimentos.

La incapacidad laboral del progenitor obligado al pago de los alimentos siempre supone un importante obstáculo para la obtención de ingresos y, dependiendo del grado de la misma, puede conllevar una drástica reducción de su capacidad económica que, sin duda, deberá reflejarse en la cuantía de la pensión alimenticia¹⁶¹. Por el contrario, también debemos insistir en que si se acredita que el progenitor, a pesar de percibir una pensión por incapacidad, sigue manteniendo el mismo nivel de vida, esta nueva situación no constituirá motivo suficiente para reducir la cuantía de los alimentos, tal y como recogen, entre otras sentencias, la SAP Álava de 1 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/328646) y la SAP Pontevedra de 19 de julio de 2010 (EDJ 2010/189242).

¹⁶¹ La SAP Córdoba de 13 de noviembre de 2003 (EDJ 2003/24678) determina “reduc[ir] la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos, fijándola en la mitad del escaso importe de la pensión por incapacidad permanente que percibe el padre, pues aunque no es absoluta, a su edad, es difícil, por no decir imposible, su acceso al mercado de trabajo [en un puesto] acorde a su formación”.

La SAP Asturias de 17 de abril de 2007 (EDJ 2007/140784) considera que “procede reducir el importe de la pensión de alimentos al constar una importante alteración en los ingresos del obligado al pago, ya que al encontrarse en incapacidad permanente total no realiza actividad laboral alguna”.

La SAP Pontevedra de 19 de julio de 2010 (EDJ 2010/189242) explica que “sorprende que, a pesar de recibir una pensión por incapacidad total para la profesión habitual, en los últimos años haya podido atender a sus necesidades materiales y además afrontar el pago de las pensiones si no estaba desarrollando una actividad remunerada, lo que induce a pensar que es muy posible que haya estado realizando una actividad laboral sin que conste oficialmente. En consecuencia, no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia”.

La SAP Las Palmas de 21 de febrero de 2005 (EDJ 2005/53537) considera que “es procedente la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos al constar que el obligado se halla en situación de incapacidad permanente, en grado total, para su profesión habitual, reconociéndole la Seguridad Social una pensión de 453 euros mensuales”.

La SAP Madrid de 5 de abril de 2010 (EDJ 2010/107611) determina que “procede reducir la pensión de alimentos del hijo al haber sufrido el padre un accidente que afecta negativamente a su actividad laboral, habiéndose reducido sus ingresos a una pensión por incapacidad temporal. Es irrelevante que se haya producido la venta de la vivienda, que ya estaba prevista en el Convenio Regulador; además, con el dinero obtenido ha tenido que afrontar el pago de las deudas en su día adjudicadas y, en todo caso, la madre se encuentra en igual situación”.

La SAP Vizcaya de 18 de abril de 2005 (EDJ 2005/134793) concluye que “procede reducir la pensión de alimentos acordada en el procedimiento de divorcio, al haberse visto reducidos los ingresos del padre a una pensión de incapacidad permanente absoluta de 810 euros. Ha de valorarse, por su trascendencia económica, que el padre no tiene gastos de alojamiento; sin embargo, no han de tenerse en cuenta ni los gastos de teléfono móvil ni de alquiler de trastero por ser innecesarios, ni la retención mensual consecuencia de un embargo por el impago de la pensión”.

La SAP Madrid de 17 de febrero de 2014 (EDJ 2014/37494) dicta lo siguiente: “Se reduce la pensión de los hijos al haber disminuido la capacidad económica del padre que ahora solo percibe una pensión de incapacidad permanente y tiene que afrontar el pago de un alquiler y mayores gastos personales por su estado de salud, mientras que cuando se produjo la separación, sus ingresos eran muy superiores, con posibilidad de percibir bonos o pluses y contaba con las rentas de alquiler de una vivienda y un garaje. No obstante, para fijar la nueva pensión, ha de considerarse que su detrimento económico en parte ha sido paliado por la indemnización percibida tras su baja laboral”.

8.2.4. Criterios para determinar la cuantía de la reducción de la pensión de alimentos

Otra cuestión que suele surgir en las controversias sobre pensiones alimenticias es cómo determinar la cuantía o proporción en que se reducirán los alimentos de los hijos una vez acreditada la reducción de los ingresos del progenitor deudor, habiéndose dado los requisitos objetivos para ello.

Las resoluciones de juzgados y tribunales suelen ser pacíficas al entender que el cálculo de la cuantía de los alimentos no es matemático y que sus disminuciones o aumentos no deben producirse en proporciones idénticas a las de las pérdidas o ganancias patrimoniales, ya que no debemos olvidar que las necesidades personales los hijos, sobre todo cuando son menores de edad, deben estar cubiertas.

El problema se halla en los casos en que tanto el progenitor obligado al pago de la pensión como el hijo se encuentran en una situación próxima al denominado “mínimo vital”. Esta posición se ha consolidado en la más pacífica jurisprudencia, tal y como se recoge en la STS sala 1ª de 12 de febrero de 2015 (EDJ 2015/12014), la STS sala 1ª de 2 de junio de 2015 (EDJ 2015/93096) y la STS sala 1ª de 10 de julio de 2015 (EDJ 2015/122583). Si bien se considera que la pensión alimenticia es una cuestión de *ius cogens* y que, por tanto, merece la máxima protección, es evidente que el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. En la línea de lo establecido en los artículos 93 y 146 del Código Civil, el alto tribunal sostiene que los alimentos “deben pagarse en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, y esta obligación no se cumple cuando las prestaciones alimenticias impuestas dejasen en la absoluta indigencia al alimentante”, si bien propone la posibilidad de que las pensiones se vayan revisando a medida que vayan incrementándose o disminuyendo los ingresos del obligado al pago.

La reciente STS sala 1ª de 18 de marzo de 2016 (EDJ 2016/29536) insiste en la necesidad de mantener la máxima protección para los alimentos de los hijos; pero es evidente que la interpretación de la norma no puede ser ajena a la realidad económica y familiar, lo que supone que se modifique levemente el razonamiento doctrinal que venía

sosteniéndose, para aquellos casos más extremos. Así, reconoce que “ante la penosa situación del mínimo vital de la unidad familiar, resulta ilusorio querer salvar el ‘mínimo vital’ del hijo, pues en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas, debiendo ser las administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos”.

Las resoluciones de las audiencias provinciales han seguido, por lo general, la doctrina del Tribunal Supremo, y se ha pronunciado de forma similar, defendiendo a ultranza la proporcionalidad como criterio esencial de la obligación de alimentos. Sin embargo, salvo en supuestos extremos en los que se presentan situaciones de pobreza total, cuando entra en juego el beneficio del menor, esta proporcionalidad no será vinculante para el juez, que deberá adecuar su sentencia a las necesidades de los hijos menores de edad, cuyos intereses debe proteger. A este respecto, podemos destacar la SAP Madrid de 5 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/237808) y la SAP Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 2014 (EDJ 2014/298212). Particularmente gráfica resulta esta última, en la que el criterio del juez se muestra en su máxima expresión, pues evita aplicar el criterio de proporcionalidad con objeto de defender el interés de los menores; así, afirma que “el artículo 146 del Código Civil sanciona que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, es decir, que establece un criterio de proporcionalidad que no impide que la contribución del alimentante al alimentista sea inferior a lo que precisa para su subsistencia, a diferencia de los hijos menores, en la que el nivel mínimo adecuado de subsistencia tiene carácter obligatorio y necesario para el padre o madre, y, en tal sentido de necesario, ha de ser satisfecho”.

En la misma línea se pronuncia, entre otras, la STSJ Aragón de 11 de junio de 2014 (EDJ 2014/104789), que afirma que “aunque los ingresos del padre se hayan visto reducidos a la mitad, no por ello la pensión alimenticia debe experimentar idéntica reducción”. La STSJ Cataluña de 7 de abril de 2014 (EDJ 2014/79688) fija expresamente una cuantía en virtud de la cual “no cabe reducir el importe de la pensión por debajo de 180 euros mensuales, próximo al ‘mínimo vital’”.

Sin embargo, algunas sentencias se muestran contrarias a esta tendencia casi unánime, y aplican de forma escrupulosa el criterio de proporcionalidad entre la

reducción de los ingresos del padre obligado al pago y la disminución de la cuantía de la pensión alimenticia, sin establecer aparentemente ningún límite.

En principio, la aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto no debería ser incompatible con tratar de proteger el interés del menor, y además evitaría poner en peligro futuras pensiones que pudieran devengarse, tal y como pone de manifiesto la SAP Badajoz de 30 de junio de 2014 (EDJ 2014/124508) cuando resuelve que, “teniendo en cuenta siempre el interés de los menores, se rebaja solamente la pensión alimenticia por cada hijo menor en una proporción semejante a esa disminución de ingresos del actor y al cambio de circunstancias antes tenidas en cuenta junto a esa disminución. Se fija así en 210 euros por cada hijo la pensión a satisfacer por el demandado”.

Sin embargo, debemos señalar que, aunque la proporcionalidad deba ser uno de los elementos configuradores de la pensión de alimentos, aplicarla en sentido estricto puede conducir a situaciones con difícil encaje práctico, sobre todo cuando nos encontramos con supuestos próximos al mínimo vital, en los que resulta complicado reducir la pensión más allá de lo razonable.

8.2.5. Aumento de las necesidades del progenitor obligado al pago

Sin perjuicio de lo manifestado en apartados anteriores, podemos encontrar casos en los que el motivo invocado para solicitar la reducción de la pensión de alimentos es la dificultad que tiene el progenitor deudor para hacer frente al pago de la pensión como consecuencia del incremento de sus gastos. Este supuesto va a estar relacionado, en muchas ocasiones, con la tendencia que tienen las personas a volver a formar una nueva familia tras la primera ruptura. El hecho de contraer un nuevo matrimonio, el nacimiento de nuevos hijos o ambas circunstancias juntas suelen implicar gastos adicionales que se añaden a los previamente asumidos.

Este incremento de los gastos puede deberse también a otro tipo de causas no relacionadas con el surgimiento de nuevas obligaciones familiares, como tener que atender a alguna circunstancia imprevista. No debemos olvidar que, al dictar la sentencia de medidas paternofiliales, separación o divorcio, el juez ha de tener en cuenta que, en un futuro inmediato, los gastos de los antiguos cónyuges se verán incrementados. De esta forma, el progenitor que debe abandonar el domicilio familiar, y

que habitualmente es quien va a abonar la pensión alimenticia, tendrá que alquilar o comprar una nueva vivienda, puesto que la atribución del uso de la vivienda conyugal suele ir aparejada al interés más digno de proteger: el de los hijos menores. Esto significa que la cuantificación de los alimentos de los hijos debe ajustarse al máximo para respetar, en la medida de lo posible, los principios de equilibrio y proporcionalidad que rigen la materia.

Una vez más, debemos insistir en que no todo incremento de los gastos del progenitor puede dar lugar a la reducción de la pensión alimenticia, sino que deben cumplirse los requisitos mínimos que marca la jurisprudencia para poder admitir la modificación a la baja de la pensión; tanto la naturaleza del gasto como su cuantía serán tenidas en cuenta¹⁶². Es decir, para que el nuevo gasto asumido por el progenitor sea

¹⁶² Así, la jurisprudencia menor se ha pronunciado, en múltiples ocasiones y desde hace varios años, para definir qué circunstancias deben concurrir para que los nuevos gastos del progenitor tengan la enjundia suficiente como para que la reducción de la pensión alimenticia pueda ser admitida. La SAP Las Palmas de 24 de julio de 1998 (EDJ 1998/10021) considera que “ninguno de los hechos alegados acredita la existencia de alteración sustancial de las circunstancias tomadas en cuenta en el momento de establecer la pensión alimenticia discutida, por lo que no accede a la modificación instada al ser ese hecho el único que puede dar lugar a la variación de las condiciones contenidas en el convenio regulador”.

La SAP Baleares de 31 de mayo de 1997 (EDJ 1997/1022) resuelve: “La sala desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la resolución de la instancia que modificaba las medidas económicas de la sentencia de separación, reduciendo ligeramente la pensión que el actor tenía que pasar a sus hijos. El actor recurre alegando diversos motivos para que dicha pensión sea reducida más drásticamente, motivos tales como la adquisición de una nueva casa y los elevados pagos de comunidad y luz que debe hacer por ella. La sala desestima su argumentación por considerar que dicha adquisición fue una opción voluntaria del actor, que ya tenía un piso de su propiedad en el momento de su separación, y que ahora no puede venir con esos argumentos a menoscabar el estatus de los hijos”.

La SAP Madrid de 16 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/50864) recuerda que “las pretensiones que pueden ser traídas a este procedimiento deben estar amparadas en un cambio de las circunstancias en razón de la concurrencia de acontecimientos futuros, inciertos e imprevistos y que sean de notoria importancia. En este caso, la situación laboral posterior del apelante fue advertida y prevista, por lo que no es posible atender a la pretensión modificatoria, cuando además los cambios en la situación laboral y económica no son lo suficientemente notorios e importantes”.

La SAP Madrid de 5 de febrero de 2002 (EDJ 2002/19415) concluye que “la cuantía de la pensión de alimentos fijada debe ser rebajada, ya que la fijada era excesiva tanto para las necesidades de las hijas como para las posibilidades de la madre. Sin embargo, debe rechazarse su pretensión de que se fije una pensión compensatoria a su favor, pues no se ha producido un desequilibrio económico por razón de la ruptura matrimonial, dado que la apelante se ha incorporado al mercado laboral tras la misma y no tiene carga alguna”.

La SAP León de 8 de octubre de 2004 (EDJ 2004/161918) argumenta que “la cuantía de la pensión de alimentos de la hija común debe reducirse al haber disminuido la capacidad económica del padre alimentante derivada del hecho de haber formado una nueva pareja, al igual que la esposa demandada, todo lo cual se entiende como una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el previo proceso de divorcio que justifica la reducción acordada”.

La SAP Cádiz de 14 de abril de 2009 (EDJ 2009/103138) confirma “el pronunciamiento de la instancia, que estimó en parte la demanda de modificación de medidas, modificando las aprobadas en el convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio en relación al régimen de visitas, al desestimar el recurso de apelación interpuesto. Considera la sala que no puede acogerse la pretensión sobre reducción de la pensión de alimentos fijada a favor de la hija común, al no existir causa alguna que pueda justificar su variación, dado que la asunción de nuevas cargas por parte del apelante –adquisición de vivienda con

causa de una reducción de la pensión, no debe ser considerado superfluo para el alimentante, sino necesario, de tal manera que el estatus económico de los hijos no se vea perjudicado por la decisión del progenitor de realizar una serie de gastos innecesarios.

Del mismo modo, tampoco puede tratarse de un gasto ya previsto en la determinación de las medidas, sino que debe tener cierto carácter imprevisible y producirse de forma súbita, por lo que en ningún caso podrá referirse a acontecimientos futuros. Tampoco puede ser un incremento de los gastos provisional o temporal, sino que debe ser permanente o estable.

Quizá el requisito que más controversia genera es el que excluye los “gastos voluntarios”. Esta cuestión, como veremos a continuación, es objeto de enorme discusión cuando lo que se solicita es una disminución de la cuantía de la pensión alimenticia por haber contraído matrimonio o haber tenido nuevos hijos. El aumento de los gastos originados por estas circunstancias es un reflejo de la libertad que tiene toda persona para rehacer su vida o crear una nueva familia; pero, en ocasiones, esta decisión choca con la idea de que los efectos negativos no pueden cargarse sobre terceros y, mucho menos, sobre los hijos. Por otra parte, debe tomarse en consideración el importe del nuevo gasto, que deberá ser tal que impida o dificulte el cumplimiento de la obligación de pago de los alimentos. Ahora bien, el progenitor que invoca el nuevo gasto no puede alegar que, además, está desatendiendo gravemente sus propias necesidades, puesto que, en ese caso, deberá sacrificar sus necesidades en favor de la

suscripción de préstamo hipotecario— ha tenido lugar de manera voluntaria y consciente y, siendo circunstancias exclusivamente dependientes de la voluntad del apelante, no pueden ir las consecuencias que de ello deriven en detrimento de las obligaciones familiares previamente adquiridas”.

La SAP Madrid de 11 de mayo de 2011 (EDJ 2011/116098) “estima en parte [...] el recurso interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en procedimiento sobre demanda de modificación de medidas reguladoras de divorcio. Revoca la sala el pronunciamiento, puesto que, atendiendo a las circunstancias del caso y al principal interés del menor, resulta procedente ampliar el régimen de visitas paternofiliales puesto que en ningún perjuicio o perturbación se va a traducir para la menor esta mínima ampliación del régimen de visitas, señalando el Ministerio Fiscal que en el momento actual esta ampliación favorece los lazos afectivos y fortalece las relaciones paternofiliales dotándolas de una mayor fluidez, de manera que incidirá positivamente en la estabilidad de la niña, en un momento en el que se ha alcanzado por esta un grado de madurez e independencia física suficiente para ello”.

La SAP Córdoba de 22 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/378225) expone: “Estima en parte la Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas con referencia a la regulación de relaciones paternofiliales dimanante de la unión de hecho de ambas partes hoy litigantes. Revoca la resolución en relación a la reducción pretendida de la cuantía a abonar en concepto de pensión alimenticia, al haberse acreditado por el recurrente que su capacidad económica ha disminuido, y así mismo ha acreditado el nacimiento del nuevo hijo; ahora bien, no se ha acreditado la capacidad económica de su actual pareja, por lo que no admite de forma íntegra la pretensión”.

satisfacción de las de sus hijos menores. Al progenitor deudor corresponde no solo la obligación de justificar la necesidad del nuevo gasto, sino también la de demostrar su incidencia negativa en el pago de los alimentos.

8.2.6. Incremento de los gastos como consecuencia de haber contraído un nuevo matrimonio

Como ya hemos puesto de manifiesto, una vez se ha producido la ruptura familiar no existe impedimento alguno para que cada uno de los excónyuges forme una nueva familia, siendo obvio que cuando alguien pretende contraer nuevo matrimonio debe haberse dictado con carácter previo una sentencia de divorcio o nulidad matrimonial.

Sin embargo, el solo hecho de contraer matrimonio o de constituirse como pareja de hecho o de derecho nunca será causa suficiente para reducir el importe de la pensión alimenticia de los hijos fruto de la anterior unión por tratarse de un acto voluntario, pues no resulta adecuado que los hijos tengan que soportar una decisión asumida voluntariamente por el progenitor. Sin embargo, el artículo 90 del Código Civil establece que tanto las medidas convenidas por los cónyuges como las adoptadas por el juez en defecto de acuerdo podrán ser modificadas judicialmente cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Resulta innegable que el haber constituido una nueva pareja supone un cambio importante, pues la formación de una nueva familia comporta más gastos a los que debe atender el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia, pero es consolidada la doctrina jurisprudencial¹⁶³ que interpreta que las nuevas obligaciones asumidas

¹⁶³ La jurisprudencia menor se muestra casi unánime al afirmar que el nuevo matrimonio o la nueva unión son actos voluntarios efectuados por uno de los cónyuges, el cual, en el momento de realizarlo, debe tener presente que ha de continuar cumpliendo las obligaciones a las que se había comprometido previamente – ya fuese de manera voluntaria u obligado por resolución judicial–, no siendo admisible la disminución de las mismas en perjuicio de los hijos habidos en su anterior matrimonio, al no ser estos responsables de la nueva situación de su progenitor. La SAP Madrid de 5 de mayo de 2003 (EDJ 2003/66208) “no aprecia que exista cambio sustancial en la situación económica del obligado al pago de la pensión alimenticia por la circunstancia de haber contraído nuevo matrimonio o por haberse trasladado a residir a otra ciudad al considerarse hechos voluntariamente asumidos, no constando por otro lado que se hayan reducido sus ingresos”.

La SAP Córdoba de 20 de marzo de 2006 (EDJ 2006/90284) considera que “el hecho de que el recurrente tenga que contribuir a las cargas familiares de su actual pareja, que tiene dos hijas de otra relación, no es motivo para modificar la pensión de alimentos fijada en el anterior proceso de separación, ya que él no tiene obligación legal alguna de contribuir al sostenimiento de lo que llama ‘nueva unidad familiar’. Entiende la sala que la alteración ha sido provocada y asumida voluntariamente por el actor al contraer nuevas obligaciones, sin que estas puedan repercutir sobre las anteriores preexistentes y que debieron tenerse en cuenta al contraer otras posteriores. El hecho de que el progenitor custodio haya contraído

voluntariamente no han de servir para exonerar al obligado de cumplir con las anteriormente contraídas.

La contribución del progenitor no custodio y los alimentos que este ha de satisfacer deben fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos, sino también las necesidades efectivas de los hijos. Igualmente, deberá observarse lo establecido en los artículos 93 y 146 del Código Civil, en virtud de los cuales también deberán tenerse en cuenta los usos y las circunstancias concretas de cada familia.

En definitiva, todos estos factores deben ponderarse en cada caso concreto, de manera que el juez, para admitir la reducción de la pensión alimenticia, debe asegurarse de que la alteración del conjunto de las circunstancias examinadas sea esencial. Ahora bien, debemos entender que el hecho de que un progenitor separado o divorciado decida vivir establemente con una nueva pareja no se debe, en la mayoría de los casos, a un capricho o a una arbitrariedad, sino que responde a una verdadera necesidad basada en la tendencia natural que tenemos los humanos a la convivencia, tan legítima como pueda serlo el derecho de los hijos del anterior matrimonio a recibir alimentos de su progenitor. No podemos olvidar que la familia es una manifestación del desarrollo de la personalidad individual, la proyección del individuo en la vida, y es el artículo 39 de la Constitución Española el que preceptúa que los poderes públicos asegurarán “la protección social, económica y jurídica de la familia”, norma aplicable tanto a la primera familia como a la constituida tras la ruptura.

8.2.7. Nacimiento de nuevos hijos

Como indicábamos en el apartado anterior, no es admisible que se limite la libertad de los excónyuges de crear una nueva familia; sin embargo, el hecho objetivo del nacimiento de nuevos hijos tampoco debería constituir, en sí mismo, causa suficiente para proceder a la modificación de las medidas adoptadas respecto del anterior núcleo familiar. En ese caso, se estaría incumpliendo de nuevo uno de los requisitos esenciales de la modificación, pues el evento que provoca la alteración de las circunstancias debe ser ajeno a la voluntad del progenitor que solicita la modificación, y la formación de una

nuevo matrimonio no puede incidir en el ámbito de la pensión de alimentos dispuesta a favor de sus hijos, pues la obligación de contribuir al mantenimiento de las necesidades de los menores corresponde a ambos progenitores y no a una tercera persona con la que el progenitor custodio haya contraído nuevo matrimonio, como señala la SAP Ciudad Real de 29 de febrero de 2000”.

nueva familia es producto de una decisión libremente adoptada por este, que debería asumir unilateralmente sus consecuencias. En este sentido, la modificación de las medidas económicas fijadas se ha de valorar comparando la situación económico-patrimonial actual y la que se tuvo en cuenta para fijar la pensión de alimentos, a fin de deducir si realmente se ha producido un cambio importante y definitivo que justifique dicha modificación. Por ello, cuando el progenitor acude al juzgado para solicitar que se modifique el importe de la pensión a la baja, debe tratar de acreditar el impacto económico que supone para él el nacimiento de un nuevo hijo y la carga económica que esto genera, lo que obligará al juez a analizar todas y cada una de las circunstancias que rodean el caso.

En relación con lo expuesto, una parte de la jurisprudencia menor¹⁶⁴ señala la irrelevancia de las nuevas cargas económicas y familiares asumidas voluntariamente por

¹⁶⁴ La SAP Madrid de 12 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/293265) “rechaza [...] la pretensión del actor sobre la reducción de la pensión alimenticia fijada en procedimiento de divorcio. Las pensiones alimenticias fijadas en sentencia de separación o divorcio pueden ser modificadas solo cuando concurre una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge, o de las necesidades, siendo pues necesario para que tal variación se produzca, que se acredite fehacientemente por el obligado al pago, que se haya producido un cambio de tal entidad en la propia fortuna o en la de la contraparte, o en las necesidades de la alimentista, que justifique el acogimiento de la pretensión. El nacimiento de nuevos hijos no es causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos del primer matrimonio, especialmente si se tiene en cuenta que esa nueva situación no ha devenido de forma obligada sino voluntaria y, por supuesto, consciente de las obligaciones anteriores. No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia con base en la alegación de un nuevo matrimonio y el nacimiento de un hijo, ya que son actos derivados de su propia voluntad”.

La SAP Pontevedra de 20 de julio de 2012 (EDJ 2012/173396) “desestima [...] el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en autos de modificación de medidas, confirma el pronunciamiento, al no haber quedado acreditado el carácter sobrevenido e involuntario de la alteración sustancial de circunstancias, presupuesto primero e indispensable para la prosperabilidad de la modificación de medidas. Ante la quiebra del presupuesto básico y fundamental referido a la pérdida del anterior estatus profesional impuesta por causa del despido laboral –falta de prueba acerca de la condición de plena ajenidad a toda acción del demandante–, priva a la parte contraria, y también al tribunal, del conocimiento exacto de la situación que pudiera realmente haber preexistido antes de haberse producido aquel cambio, imprescindible para valorar también la eventual influencia del nacimiento de la nueva hija en relación con las circunstancias profesionales y económicas [...]”.

La SAP Valencia de 19 de junio de 2012 (EDJ 2012/182785) concluye: “La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el esposo demandante, contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda de modificación de medidas, y confirma dicha resolución. No ha lugar a reducir la pensión de alimentos del hijo, dado que el recurrente no ha acreditado un cambio sustancial de las circunstancias existentes al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio, pues sus ingresos actuales son algo superiores a los tenidos en cuenta en el divorcio. Y en cuanto a la alegación del nacimiento de dos nuevos hijos, esta sala considera que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no constituye *per se* motivo para reducir la pensión alimenticia ya fijada, toda vez que los nacimientos devienen de la libre voluntad de sus progenitores y no puede ir en detrimento de las obligaciones asumidas con anterioridad. Además con su nueva pareja ha adquirido una vivienda, participa en calidad de autorizado en sus cuentas, en consecuencia, consta la capacidad económica de la misma para hacerse cargo de sus propios hijos”.

La SAP Badajoz de 17 de octubre de 2013 (EDJ 2013/203766) declara que, “no habiendo acreditado el actor que el nacimiento de un nuevo hijo de un segundo matrimonio haya alterado sustancialmente su

el obligado al pago de la pensión, negando que posean la trascendencia suficiente como para influir en las obligaciones familiares anteriormente contraídas. Este sector considera que el progenitor deudor que decide tener un nuevo hijo debe respetar las obligaciones asumidas con anterioridad, pues son consideradas preferentes, y no pueden verse aminoradas por cargas voluntaria y conscientemente contraídas con la nueva familia.

La STS sala 1ª de 21 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/157703) considera que la nueva descendencia por sí sola no es suficiente para modificar las medidas “por ser la relación de la que es fruto un acto voluntario que no se puede ignorar absolutamente. Pronunciamiento que no es contrario a la doctrina jurisprudencial si se tiene en cuenta la nueva situación de la pareja actual”.

Especialmente interesante nos parece el tratamiento que hace sobre el asunto la SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 de mayo de 2013 (EDJ 2013/188402) cuando se

capacidad económica, ni haberse reducido las necesidades de los hijos del primer matrimonio, en edad de continuar la fase de estudios superiores, esta sala cree adecuado que la cuantía de la pensión debe mantenerse, pues como se ha dicho, es acorde con el posible nivel de ingresos del demandando”.

La SAP Madrid de 1 de julio de 2013 (EDJ 2013/145529) “declara la modificación del régimen de visitas y mantiene la cuantía de la pensión alimenticia. No se ha producido la modificación sustancial de la situación económica por el hecho del nacimiento de un hijo, tampoco se ha acreditado alteración de las necesidades de los otros hijos menores, por lo que se mantiene la cuantía de la pensión de alimentos. Respecto al régimen de visitas, se modifica en cuanto a los fines de semana y reintegro de los menores, implicando mayor contacto con la nueva familia y la ausencia de un perjuicio o alteración en la vida de los estos”.

La SAP Asturias de 21 de abril de 2014 (EDJ 2014/72300) resuelve que “no procede la reducción de la pensión fijada en primera instancia, aplicando la sala la doctrina jurisprudencial según la cual el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad”.

La SAP Málaga de 9 de octubre de 2014 (EDJ 2014/295617) considera que “no quedan acreditados, en las actuaciones, los concretos medios económicos con que cuenta la unidad familiar nueva constituida por el demandante, por lo que no procede modificar la cuantía de la pensión alimenticia al no acreditarse una variación sustancial en la capacidad económica del obligado, sin que el hecho de que haber procreado un nuevo hijo pueda afectar a los alimentos del anterior, al ser un hecho voluntario”.

La SAP Badajoz de 30 de mayo de 2014 (EDJ 2014/97564) afirma lo siguiente: “La Audiencia Provincial confirma el importe de la pensión y modifica el régimen de visitas. La sala considera que no hay alteración sustancial de las circunstancias que determinaron la fijación del importe de la pensión que se pretende reducir que justifique su modificación. Se amplía el régimen de visitas vacacionales de la hija, dado el lugar de residencia del padre y la distancia hasta el mismo, fijándose el mismo régimen para el otro hijo sin que proceda la privación de la patria potestad al padre a pesar de los incumplimientos reiterados de sus deberes”.

La SAP Córdoba de 13 de octubre de 2015 (EDJ 2015/247539) concluye que “no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias que justifique una modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio. La situación del nacimiento de un nuevo hijo y los consiguientes gastos que ello puede generar va acompañado de la incorporación a la unidad familiar de los ingresos de la madre”.

refiere a los hijos que puedan nacer como consecuencia de una nueva relación. En este apartado, la resolución no niega que la formación de una nueva familia deba ser una decisión libre de cada persona, pero, sin embargo, insiste en que esta decisión debe adoptarse sopesando los pros y los contras que pueda ocasionar, de tal manera que no se considere oportuno que los hijos nacidos con anterioridad y que se encuentran en situación de percibir alimentos deban verse afectados por las decisiones de su progenitor: “si de ello viene un nuevo hijo, tendrá los mismos derechos que sus hermanos de padre, pero el principio elemental de la paternidad responsable impedirá que sufran detrimento los derechos previamente adquiridos por los primeros”. En definitiva, todas las resoluciones que mantienen esta línea jurisprudencial sostienen que el nacimiento de un nuevo hijo no es por sí mismo razón suficiente como para, sin más, extinguir o reducir un derecho preexistente ya constituido.

Por otra parte, todas las sentencias se muestran unánimes al considerar que, para que el nacimiento de un nuevo hijo tenga relevancia a los efectos de reducir la pensión de alimentos de los hijos nacidos de una relación anterior, será imprescindible que se acredite de manera plena e indubitada que, con sus ingresos, al progenitor le resulta imposible atender en igual medida a todos sus hijos. No hay que olvidar que el nacimiento de un hijo fruto de una nueva relación hace necesario también el análisis de las circunstancias personales y económicas del nuevo núcleo familiar, y supone, además, la existencia de otro progenitor que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil, deberá contribuir también a los alimentos de este nuevo hijo. Por tanto, el análisis de esta jurisprudencia pone de manifiesto la contradicción existente entre el derecho del progenitor a formar una nueva familia y el principio de igualdad de los hijos, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española. Este conflicto nos conduce a la conclusión de que en modo alguno pueden verse perjudicados en sus derechos asistenciales los hijos habidos en el anterior núcleo familiar, debiendo conciliarse, en la medida de lo posible, los intereses de las distintas partes implicadas; para ello, debe tomarse en consideración, por un lado, el carácter libre, voluntario y, por ende, responsable de la decisión de aumentar las cargas familiares y, por otro, el deber de no poner en peligro la subsistencia y la educación de los alimentistas que tenían reconocido su derecho anteriormente.

Es indudable que el nacimiento de un nuevo hijo, en la mayor parte de las ocasiones, implica un cambio importante en la vida de una familia, y conlleva para los

progenitores la asunción de nuevas funciones y deberes derivados de la patria potestad y consignados en el artículo 154 del Código Civil, entre los que se incluye el deber de prestarles alimentos. Es evidente que si un progenitor ya cumplía estas funciones respecto de los hijos habidos en su anterior matrimonio, en aras del principio de igualdad de los hijos, esta circunstancia no le exime de cumplir estas mismas obligaciones con respecto al nuevo hijo.

Por tanto, el aumento del número de beneficiarios de la prestación alimenticia debe entenderse como un nuevo acontecimiento que altera sustancialmente la situación preexistente, por lo que deberían modificarse las medidas previamente adoptadas para que el nuevo hijo –teniendo en cuenta lo prescrito en la Constitución Española– pueda gozar de idéntica posición que los anteriores; todos ellos deben ser asistidos debidamente en sus necesidades por parte de su progenitor, aunque ello suponga una rebaja en las prestaciones. Si esto no se cumpliera, nos hallaríamos ante una situación injusta, de desigualdad entre los hijos nacidos de distintas uniones familiares; para evitarlo, será necesario redistribuir la pensión vigente entre todos los hijos a cargo del alimentante. En esta línea se pronuncia buena parte de la jurisprudencia actual¹⁶⁵ al

¹⁶⁵ Una parte de las resoluciones de las audiencias, valorando todas las circunstancias aplicables al caso, suele tender a reconocer el nacimiento de nuevos hijos como un cambio sustancial de las circunstancias, por mucho que se entienda que es una decisión libre y voluntaria del padre, lo que no siempre es sinónimo de que pueda asumir los gastos. Ha de ponderarse el cúmulo de circunstancias existentes a la luz del principio de protección de los hijos y la igualdad de los mismos, valorando el aumento de las obligaciones del progenitor por el nacimiento de nuevos hijos –que permite la aplicación del principio de variabilidad recogido en el artículo 147 del Código Civil–, pero respetando la exigencia de que no se ponga en peligro la subsistencia de los descendientes anteriores.

La SAP A Coruña de 18 de junio de 2009 (EDJ 2009/137069) mantiene que “debe ser acogida la pretensión del apelante, en el sentido de suprimir la cuantía de la pensión alimenticia concedida a favor del hijo común de los ahora litigantes –mayor de edad–; así como la reducción de la pensión concedida a la hija menor de edad, dado que si bien no consta que el demandante haya sufrido una modificación en sus retribuciones, sí existe un dato esencial, como es el nacimiento de otros tres hijos fruto de otra relación. El nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante constituye alteración sustancial de las circunstancias para la modificación de medidas acordadas a favor de descendientes habidos de matrimonio separado o disuelto”.

La SAP Sevilla de 20 de enero de 2010 (EDJ 2010/99873) “confirma el pronunciamiento, al desestimar el recurso de apelación planteado por la demandada. Considera la sala que debe mantenerse la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia concedida a favor del hijo común de los ahora litigantes –menor de edad– ante el cambio sustancial de las circunstancias del demandante, quien ha sufrido una modificación a la baja de sus retribuciones [y ha tenido un hijo recientemente], por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el caudal económico y circunstancias del obligado en cumplirla”.

La SAP Alicante de 30 de mayo de 2011 (EDJ 2011/181764) “deja abierta la posibilidad de poder reducir la pensión alimenticia impuesta por la sentencia de divorcio en favor de sus anteriores hijos, pues el nacimiento de nuevo hijo con otra persona incide en la capacidad económica. Sin embargo, se hará preciso determinar si han variado sustancialmente las circunstancias económicas en el ínterin desde que se dictó aquella sentencia de divorcio hasta la fecha en que se demanda la modificación de medidas, para lo cual el demandante deberá acreditar cuál es la capacidad económica de la nueva unidad familiar que ha

restar relevancia al hecho de que el aumento de las necesidades económicas del obligado al pago de la pensión se haya producido de forma voluntaria; y es que, sin perjuicio de que se trate de una decisión libre y personal del progenitor, es indudable que va a repercutir en los alimentos de todos sus hijos de un modo u otro.

Este aspecto es reconocido por la STS sala 1ª de 30 de abril de 2013 (EDJ 2013/55342), resolución que no hace sino adecuar el derecho de los hijos a la realidad económica de sus progenitores, de tal manera que el nacimiento de nuevos hijos determina una redistribución de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos, para hacer frente a sus necesidades. Así lo pone de manifiesto cuando afirma que “el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado”.

Con anterioridad a esta resolución, las audiencias provinciales ya habían mantenido posiciones muy similares, tendentes a considerar el nacimiento de un nuevo hijo como un acontecimiento de enorme trascendencia económica para los progenitores, que sin duda va a tener impacto –mayor o menor, en función de las circunstancias particulares de cada caso– en el contenido de la prestación de alimentos de los demás hijos. Esta tendencia puede observarse, entre otras sentencias, en la SAP Córdoba de 22 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/378225), la SAP Santa Cruz de Tenerife de 16 de febrero de 2012 (EDJ 2012/73307) y la SAP Pontevedra de 25 de febrero de 2013 (EDJ 2013/44641).

formado con objeto de establecer un elemento comparativo y determinar si se han alterado sustancialmente las circunstancias que existían cuando se pactó el convenio de divorcio”.

La SAP Barcelona de 3 de mayo de 2012 (EDJ 2012/122215) considera que “aunque el nacimiento de un nuevo hijo sea un hecho voluntario, puede tenerse en cuenta a los efectos de cuantificar la pensión alimenticia para otros hijos mayores, porque ni el nuevo hijo es acreedor de menor atención que el anterior, ni puede imponerse al padre que prescinda de mantenerse él, o que extreme su sacrificio hasta un punto inadmisibles, por razón de haber tenido un nuevo hijo”.

La SAP A Coruña de 13 de junio de 2013 (EDJ 2013/122153) declara que “la cuestión del nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión de alimentos es una circunstancia a tener en cuenta a la hora de distribuir los ingresos del padre, necesidad que puede generar una alteración sustancial de circunstancias”.

La SAP Pontevedra de 11 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/175577) “confirma la rebaja de la contribución del actor a la vivienda que ella y sus hijos habitan. Declara la sala que ha quedado acreditado que la situación económica del actor es mala, siendo definitivo el nacimiento de una nueva hija a cuyo sustento también debe atender, por lo que la valoración de la prueba que ha realizado el juzgador, reduciendo la contribución al pago del domicilio de la exesposa e hijos, es adecuada”.

Esta jurisprudencia tiene como denominador común el considerar que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante conlleva un notable e ineludible incremento de los gastos y, por consiguiente, una reducción de los medios económicos disponibles fijados en el artículo 147 del Código Civil. En definitiva, va a constituir la condición fáctica necesaria para que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que permite, a su vez, justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada en favor de los descendientes habidos en el matrimonio que fue objeto de separación o disolución.

Igualmente, sin perjuicio de las posturas doctrinales al respecto, la cuestión tiene una enorme incidencia en la práctica, siendo indudable que van a entrar en juego múltiples intereses y derechos en relación con los gastos surgidos como consecuencia del nacimiento de nuevos hijos.

Es evidente que, en aras del más mínimo derecho a la libertad, en ningún caso puede negarse a una persona la posibilidad de rehacer su vida tras un fracaso familiar y, si así lo desea, de traer al mundo nuevos hijos. Este derecho no puede limitarse por la existencia previa de hijos, del mismo modo que ningún tribunal tiene la capacidad de limitar el número de hijos de una familia, aunque con ello se buscase garantizarles una atención adecuada, proporcional a sus ingresos dinerarios.

Ahora bien, consideramos que si no puede limitarse la libertad de formar una nueva familia, siendo esta una decisión voluntaria, tampoco puede tomarse en perjuicio de las obligaciones previamente adquiridas; por lo que resulta necesario buscar el equilibrio entre el derecho a alimentos de cada uno de los descendientes de las distintas relaciones familiares que pueda tener el progenitor, apelando en último término al principio de responsabilidad que debe tener toda persona cuando decide crear una familia o tener un hijo nuevo.

En los tiempos actuales, no cabe duda de que el nacimiento de un nuevo hijo suele suponer un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a la fijación de las pensiones, siendo lógico que se genere un mayor volumen de gastos para el progenitor, que va a repercutir de forma permanente e inevitable en su economía.

A través de la pensión alimenticia se dota a los hijos de los recursos materiales precisos para su desarrollo; pero el nuevo hijo también tendrá derecho a la satisfacción de sus necesidades, en virtud del principio de igualdad de los hijos reconocido en el

artículo 39 de la Constitución Española. Esto supone que, en la práctica, esta cuestión se resuelva mediante la reducción de la pensión alimenticia de los hijos en aquellos supuestos en que el nacimiento de nueva descendencia tenga verdadero impacto económico para el progenitor deudor de las pensiones, ya que debe velarse por el equilibrio de las prestaciones entre los diferentes hijos y por el mantenimiento del propio progenitor, aunque la decisión de tener un nuevo hijo no haya sido adoptada con la más mínima responsabilidad.

8.2.8. Otros factores que inciden en la capacidad económica del progenitor

Es innegable que, como consecuencia de la crisis de la pareja, también se produce el aumento de otros gastos que deben ser financiados con los mismos ingresos por el progenitor que abona la pensión, y que tiene que cubrir, además, sus propias necesidades de alojamiento, alimentación, transporte, etc.

En definitiva, la ruptura de la familia supone el empobrecimiento, en mayor o menor medida, de todos sus miembros, ya que, con idénticos recursos económicos, tendrán que hacer frente a mayores gastos, provocados, lógicamente, por el abandono de la convivencia.

Uno de los gastos que mayor incidencia va a tener en la situación económica es el relativo al nuevo domicilio que debe procurarse el progenitor que abandona la vivienda familiar. Si bien esta cuestión es fundamental para fijar el importe de las pensiones alimenticias en el momento en que se produce la ruptura familiar, consideramos que no debe tener incidencia para reducir las pensiones posteriormente, ya que se trata de un gasto que era previsible al aprobarse el convenio regulador o cuando se fijaron judicialmente las medidas; por lo que en ningún caso puede ser traído de nuevo a debate como motivo de modificación de medidas –algo que suele ser bastante habitual en la práctica–, ni siquiera cuando el deudor de las pensiones se ve obligado a abandonar el domicilio donde fijó su residencia tras la separación, ya sea por desahucio, por la imposibilidad de seguir conviviendo con los padres o con algún familiar, o por otros motivos¹⁶⁶.

¹⁶⁶ La SAP Cádiz de 14 de abril de 2009 (EDJ 2009/103138) considera que “no puede acogerse la pretensión sobre reducción de la pensión de alimentos fijada a favor de la hija común, al no existir causa alguna que pueda justificar su variación, dado que la asunción de nuevas cargas por parte del apelante –adquisición de vivienda con suscripción de préstamo hipotecario–, ha tenido lugar de manera voluntaria y

En este punto, debemos mencionar la STS sala 1ª de 19 de enero de 2017 (EDJ 2017/1973), que resulta novedosa porque acuerda modificar las medidas al apreciar como hecho nuevo el que, en el domicilio común de los litigantes, convivan un tercero y su hijo, puesto que considera “que están obligados a colaborar tanto en los gastos de la vivienda como en los gastos comunes. Por ello, al compartirse los gastos, los alimentos deben reducirse. Cabe deducir para estos casos, que la usuaria que acoge a un tercero en el inmueble común del matrimonio está obteniendo no solo una reducción de las cargas

consciente, y siendo circunstancias exclusivamente dependientes de la voluntad del apelante, no pueden ir las consecuencias que de ello deriven en detrimento de las obligaciones familiares previamente adquiridas”.

La SAP Castellón de 27 de julio de 2009 (EDJ 2009/235066) señala que “no toda alteración de circunstancias justifica una modificación de medidas, ya no debe ser imputable la nueva situación a la voluntad de quien insta la revisión. Y en el caso de autos el actor no ha acreditado la existencia de hijos con su actual pareja y perdió voluntariamente el derecho de uso de la vivienda que tenía asignada, embarcándose en la adquisición de una nueva, por lo que no pueden prosperar sus pretensiones”.

La SAP Madrid de 11 de febrero de 2010 (EDJ 2010/41862) considera que “el gasto adicional en préstamos, aunque fuere por la necesidad de abandonar la vivienda de sus padres, no puede ir en detrimento de los compromisos contraídos respecto de su hija, y ex esposa. Tampoco el que viva a ahora con una señora, compromiso nuevo, voluntariamente adquirido y que, por ende, no puede ir en detrimento de los anteriores”.

La SAP Sevilla de 20 de enero de 2010 (EDJ 2010/99873) explica que “la nueva carga asumida tras la suscripción de un préstamo hipotecario para la compra de un chalet con la nueva compañera sentimental no es motivo para reducir la cuantía de la pensión alimenticia”. En términos similares se expresa la SAP Madrid de 12 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/293265).

La SAP Barcelona de 7 de febrero de 2012 (2012/59690) entiende que “no es causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia que el padre tenga que hacer frente al pago de la adquisición de una nueva vivienda al ser desahuciado de la que ocupaba con anterioridad”. La SAP Barcelona de 30 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/329044) “rechaza [...] la pretensión del actor sobre reducción de pensión alimenticia fijada en procedimiento de divorcio. Las pensiones alimenticias fijadas en sentencia de separación o divorcio pueden ser modificadas solo cuando concurre una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge, o de las necesidades, siendo pues necesario para que tal variación se produzca, que se acredite fehacientemente por el obligado al pago que se ha producido un cambio de tal entidad en la propia fortuna o en la de la contraparte, o en las necesidades de la alimentista, que justifique el acogimiento de la pretensión. No constando cambios esenciales ni en la situación de los progenitores ni en las necesidades de la hija, ha de mantenerse la pensión entonces pactada. No es relevante el gasto de alquiler de la vivienda por parte del padre, que debió tener en cuenta al momento de la separación”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de abril de 2012 (EDJ 2012/135912) “tampoco acepta la reducción de la pensión alimenticia señalada a favor de la menor, puesto que la adquisición de una vivienda una vez rehecha su vida con otra persona una vez nacida ya su obligación alimenticia respecto a la hija menor de los litigantes, no puede considerarse de entidad suficiente para ser considerada una carga a cuya asunción haya de anudarse la reducción de la pensión cuestionada”.

La SAP Baleares de 30 de marzo de 2012 (EDJ 2012/69453) se manifiesta en los siguientes términos: “Estima la Audiencia Provincial en parte el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en autos de procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de modificación de medidas. Aprecia la sala que persisten dudas sobre la efectiva insolvencia del actor, pese a que tenga que atender a dos familias, que impiden la estimación del recurso de apelación en relación a la extinción de las pensiones compensatoria y alimenticias que venía obligado a abonar a su exmujer y a sus hijas. Revoca la sala el pronunciamiento relativo a la prestación establecida de futuro, en función del trabajo o del desempleo, que ha incorporado el órgano *a quo*, variable soportada en eventualidades futuras difícilmente susceptibles de discusión en procedimientos de ejecución de sentencia y, por lo tanto, generadoras de una potencial litigiosidad indeseada, no estando contemplado además dicho supuesto entre las condenas de futuro referidas en el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

domésticas sino un beneficio directo derivado de los frutos. Es evidente que compartir vivienda y gastos con un tercero merma la carga doméstica, incluso aunque la vivienda no sea común. Y cuando la vivienda es copropiedad la situación es aún más peyorativa para el condueño no usuario”.

La cuestión es diferente cuando, de forma sobrevenida, es el progenitor custodio quien decide cambiar de residencia y llevarse a los hijos menores a vivir a una localidad distinta –dentro o fuera de España. Esta nueva situación va a tener, sin duda, un enorme impacto económico, especialmente derivado del coste que supondrán los desplazamientos para llevar a cabo las estancias o visitas de los hijos al progenitor no custodio.

Un sector mayoritario de la jurisprudencia menor entiende que si el cambio de residencia de los hijos es pactado entre los progenitores o, como mínimo, aceptado de forma tácita por el no custodio, estos nuevos gastos no serán motivo suficiente para reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

Sin embargo, las circunstancias cambian cuando la decisión no se toma de forma consensuada. En este caso se entiende que el esfuerzo económico no puede corresponder al progenitor que no ha tomado ninguna decisión sobre el cambio de domicilio de los hijos. Por ello, si la decisión hubiese sido adoptada por el progenitor custodio de forma unilateral, caprichosa e injustificada, deberá ser él quien asuma las consecuencias de sus decisiones, tal y como han puesto de manifiesto, entre otras, la SAP Tarragona de 9 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/270298), la SAP Murcia de 15 de mayo de 2014 (EDJ 2014/200906) y la SAP Alicante de 12 de junio de 2015 (EDJ 2015/161855). En esta última, “se fija un régimen de visitas adecuado y progresivo para el padre y se rebaja la pensión de alimentos que debe pagar el mismo para compensar los viajes desde Suiza a España a fin de cumplir el régimen de visitas”.

Estas coyunturas son cada vez más frecuentes en la práctica; a veces están motivadas por decisiones personales y otras, por cambios en la situación laboral del progenitor custodio, que pueden llevarle a tener que trasladarse a otra ciudad, ya sea dentro España o en el extranjero. Estos cambios suelen afectar no solo al ámbito económico, sino a otros aspectos vinculados a la patria potestad; pueden provocar un conflicto familiar y conllevar una modificación casi total de las medidas, incluidas, claro está, las pensiones alimenticias de los hijos.

Los gastos que tiene que soportar el progenitor no custodio para disfrutar del régimen de visitas han servido de base a algunas demandas de modificación de medidas, tal y como muestra la SAP Sevilla de 13 de junio de 2013 (EDJ 2013/174104). Sin embargo, como se observa en la SAP Madrid de 12 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/293265), no en todos los supuestos se acuerda modificar la pensión de alimentos: “La circunstancia de que los menores se hayan trasladado en unión de su madre a residir a otra ciudad, los gastos que puedan generar al padre los desplazamientos para el ejercicio del derecho de visitas, no es motivo para reducir la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos”.

Otro de los supuestos que pueden presentarse es el referido al aumento de los gastos como consecuencia de un cambio de residencia que afecta exclusivamente a los hijos, cuando el progenitor con el que conviven –normalmente con la aquiescencia de los hijos– decide que estudien en otra provincia o incluso en el extranjero. En este apartado, es importante señalar que si el hijo es menor de edad, al tratarse de una decisión que afecta a la patria potestad, la asunción del coste deberá ser pactada siempre por ambos progenitores dentro del apartado de los gastos extraordinarios.

Cualquier otra decisión adoptada por los progenitores sobre cambios de residencia que puedan afectar a los hijos –especialmente a los mayores de edad– incidirá en la pensión de alimentos, siempre en función de las circunstancias económicas de ambos progenitores y atendiendo a las necesidades de los hijos.

Así se pone de manifiesto en la SAP Madrid de 11 de febrero de 2010 (EDJ 2010/41862). Esta sentencia se refiere a un caso en el que, extinguida la patria potestad pero encontrándose aún en situación de dependencia de los padres por estar estudiando, el hijo, vista la mala relación que mantiene con su madre, decide trasladarse a vivir con su padre; la madre impugna entonces la pensión alimenticia que le ha sido impuesta, ante lo que la Audiencia Provincial resuelve que “no puede ser acogida la pretensión de la apelante, debiendo mantener la cuantía de la pensión alimenticia concedida a favor del hijo mayor de edad de los ahora litigantes, quien ha pasado a residir con su padre, atendiendo a la capacidad económica de ambos progenitores y a las necesidades del hijo”.

Finalmente, debemos hacer referencia a otros gastos que inciden en la economía del progenitor no custodio y que tienen su fundamento en la asunción de deudas

personales o familiares. Aunque estas deudas ya existiesen en el momento de la ruptura, los acontecimientos posteriores pueden obligarle a tener que hacerles frente en exclusividad, lo que sin duda va a repercutir en su estatus económico.

Estos supuestos están íntimamente relacionados, en la mayoría de las ocasiones, con la crisis del sector inmobiliario; como cuando los miembros de la pareja –que habían adquirido una vivienda familiar antes de la ruptura– satisfacían a medias un préstamo hipotecario o un crédito personal, o bien aparecían como fiadores o avalistas de una deuda bancaria, pero, ante el impago posterior a la crisis familiar por parte del ahora excónyuge o expareja –y, a la vez, coobligado al pago–, uno de ellos se ve obligado a hacer frente a la totalidad de la deuda.

En estos casos, el empeoramiento económico con respecto a la situación anterior es evidente, y se reflejará en la capacidad para abonar los alimentos del progenitor que asume íntegramente las deudas. La SAP Asturias de 12 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/276577) decide a este respecto que “se reduce la cuantía de la pensión de alimentos a cargo del padre. El obligado está afrontando en solitario el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y ha de procurarse una nueva vivienda, por lo que, no siendo posible valorar como ingreso la devolución del impuesto sobre la renta, procede reducir el importe de la prestación alimenticia. Los gastos generados por las actividades extraescolares de los menores no pueden ser considerados como gastos extraordinarios, pues son gastos que se invierten en su formación”.

Idéntica argumentación hace la SAP Burgos de 28 de marzo de 2012 (EDJ 2012/56377): en este caso no solo se ha producido una merma en la capacidad económica del progenitor como consecuencia de las nuevas obligaciones económicas adquiridas –que ya de por sí tienen un importante impacto–, sino que además ha sufrido una considerable disminución de los ingresos como consecuencia de la pérdida de su empleo. Por todo ello, concluye, queda justificada la reducción la pensión y “revoca en parte la misma, en el sentido de reducir la pensión de alimentos a favor del hijo. Pues ha quedado acreditado que actualmente cobra la prestación por desempleo y que trabaja en un bar de copas únicamente en fines de semana, y con importantes gastos, la existencia a su cargo de dos préstamos, el alquiler de una vivienda y habiendo tenido un nuevo hijo con su pareja actual”.

Como queda establecido en el artículo 93 del Código Civil, la obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuida la guarda de los hijos; el fundamento de esta afirmación encuentra su apoyo en los artículos 146 y 147 del Código Civil, que recogen expresamente el criterio de proporcionalidad que debe observarse entre la capacidad de los padres y las necesidades de los hijos.

En la práctica judicial, las sentencias relativas al ámbito de familia no hacen mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el progenitor que asume la custodia de los hijos, lo que no quiere decir que quede exonerado de tal obligación, ni que se cargue exclusivamente sobre el otro progenitor la obligación alimenticia, ni, por supuesto, que los hijos deban ser alimentados solamente con lo que perciben en concepto de pensión alimenticia.

Las resoluciones de los juzgados de instancia como las audiencias provinciales, en el momento de fijar la cuantía de la pensión, no suelen cuantificar la dedicación a los hijos del cónyuge que ejerce la guarda y custodia; posiblemente debido a la indudable complejidad de las relaciones familiares y paternofiliales, que no pueden reducirse al cálculo de ingresos y gastos para la obtención de una pensión. Las necesidades de los hijos no quedan cubiertas con la mera suma de los costes por servicios prestados, sino que intervienen otros aspectos intangibles, como el sacrificio, el cariño, la atención y la dedicación constantes, que difícilmente pueden ser cuantificados económicamente en un procedimiento judicial, pues son aspectos más vinculados a la esfera moral.

Ello no impide que en el cálculo de la pensión alimenticia se tengan en cuenta todas las circunstancias que afecten a ambos progenitores y a los hijos, con el fin de establecer una proporción entre los ingresos de los progenitores y sus obligaciones.

Es innegable que deben considerarse todas las funciones que asume el progenitor custodio, especialmente las que puedan suponer limitaciones profesionales derivadas del propio ejercicio de la custodia, lo que en la mayoría de las ocasiones limitará también su capacidad económica.

En este sentido se han pronunciado algunas sentencias, entre las que destaca la SAP Badajoz de 30 de junio de 2014 (EDJ 2014/124508), que sostiene que “no se puede dejar de considerar como una contribución a la carga familiar lo que supone el cuidado, sustento y educación de los hijos, que el alimentante ha delegado en la

progenitora que ostenta la guarda y custodia, así como las limitaciones en el desarrollo profesional que acarrea la asunción de estas funciones”.

Pero, además, no considera que la incorporación al mundo laboral de la progenitora custodia suponga una alteración sustancial de las circunstancias “porque al tiempo de la separación era absolutamente previsible que con dos hijos bajo su custodia tuviera verdadera necesidad de trabajar”.

Es evidente, por tanto, que a la hora de modificar la pensión alimenticia deben tenerse en cuenta los ingresos de ambos progenitores, estableciéndose así una proporción entre los ingresos y lo que se estima necesario para atender las necesidades de los hijos.

La cuestión no debe plantear dudas, tal y como había manifestado el mismo tribunal unos años antes, en la SAP Badajoz de 31 de julio de 2006 (EDJ 2006/282517), cuando expresamente hacía referencia a la necesidad de valorar económicamente la situación de ambos cónyuges a la hora de fijar o modificar la pensión alimenticia de los hijos; así, considera que, “como claramente establece el artículo 91 del Código Civil, [...] es preciso que concurra una modificación sustancial de las circunstancias, no bastando con una mera variación. En cualquier caso, si el progenitor que tiene consigo a sus hijos mejora de fortuna obteniendo recursos superiores a los que tenía en el momento de fijarse la pensión alimenticia, ello puede ser motivo para decretar una modificación en la contribución a dichos alimentos, pues para la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia no solo se tuvieron en cuenta las necesidades de los beneficiarios y la capacidad económica del deudor, sino que también se debió tener en cuenta la capacidad económica del cónyuge”.

En este punto, consideramos importante hacer una reflexión sobre la problemática que se plantea en la práctica diaria en juzgados y tribunales, y es que, muchas veces, los conflictos que surgen entre los progenitores al fijar la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos no tienen tanto que ver con el carácter conceptual de la inclusión o no en los alimentos de los sacrificios personales o el cariño que aportan ambos progenitores, con independencia de que ejerzan o no la custodia, sino que se refieren a una cuestión formal relativa a cómo está concebida la obligación del pago de alimentos, en virtud de la cual, el progenitor no custodio paga mensualmente el importe de los alimentos permaneciendo al margen de su gestión, como si fuera una cuestión

ajena a él. Creemos que muchos de esos conflictos podrían solucionarse con una gestión más efectiva de la patria potestad, permitiendo que –independientemente de quién tenga asignada la custodia de los hijos– ambos progenitores participen de manera efectiva en las decisiones que afectan a la educación y las actividades diarias de los hijos. Para ello, sería necesario emprender una reforma del Código Civil en el sentido de que las decisiones judiciales sobre la materia establecieran como sistema preferente la determinación de una contribución fija de ambos progenitores a los alimentos de los hijos, aportación que quedaría reflejada mediante el ingreso en una cuenta que pudiera ser administrada conjuntamente. Todo ello podría aliviar parte de los conflictos familiares que se presentan en la práctica, al facilitar un sistema más transparente y participativo para la gestión de los gastos de los hijos.

En cualquier caso, ninguna duda existe de que si la situación económica del progenitor custodio es objeto de una mejora, siempre que esta sea relevante, puede dar lugar a una revisión de la pensión para ajustar el importe de la misma a las nuevas circunstancias¹⁶⁷.

Además, deberán tenerse en cuenta el resto de factores que puedan favorecer una alteración de las circunstancias –como la disminución de los ingresos del progenitor no custodio o la disminución de las necesidades de los hijos–, lo que permitiría modificar la proporcionalidad fijada en el momento de acordarse las medidas. En cualquier caso, estas circunstancias deben cumplir siempre los requisitos establecidos pues, de otro modo, nos hallaríamos con el peligro de tener que modificar constantemente la pensión alimenticia ante cualquier mínima alteración de los ingresos de cada uno de los progenitores, lo que no encajaría en el requisito de sustancialidad exigido por los artículos 90 y 91 del Código Civil.

Ni que decir tiene que las circunstancias deben afectar exclusivamente a la capacidad de los progenitores, como obligados al pago de la pensión alimenticia, o a las necesidades de los hijos, no pudiendo ser valoradas circunstancias ajenas a estos, como

¹⁶⁷ La SAP Asturias de 27 de octubre de 2015 (EDJ 2015/220477) considera que “los dos progenitores deben contribuir a satisfacer los alimentos a los hijos. La cuantía será proporcional a la capacidad de quien la presta y a las necesidades de quien la recibe, pudiendo aumentarse o reducirse proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del alimentante”.

En este mismo sentido se han pronunciado la STSJ Aragón de 8 de mayo de 2012 (EDJ 2012/120624), la SAP Murcia de 27 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/274147) y la SAP Madrid de 12 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/293258).

serían los recursos económicos de terceras personas que puedan convivir con los progenitores, sobre las que no recae ninguna obligación de carácter alimenticio. Es decir, en ningún caso pueden considerarse como alteración de las circunstancias e incremento en la fortuna del progenitor custodio los ingresos que genere su nueva pareja.

8.2.9. Cambio de convivencia por parte de los hijos

El hecho de que los hijos –uno, varios o todos– pasen a convivir con el que hasta ese momento era el progenitor obligado al pago de alimentos debe implicar que queden sin efecto las medidas adoptadas anteriormente y sea precisa la adopción de nuevas medidas que se adapten a la situación actual. De esta manera, el progenitor que abonaba la pensión de alimentos de los hijos, a partir del cambio de custodia o de convivencia, dejará de pagar dicha cantidad y cumplirá con sus obligaciones atendiendo en su propia casa a los hijos y sufragando, en la parte que corresponda, los gastos de alimentación, educación, vestido, etc.

Lo que se produce en estos casos es una inversión de las obligaciones, ya que el progenitor que había venido ejerciendo la guarda y custodia de los hijos, y que era el administrador de las pensiones, será ahora el obligado al pago, debiendo establecerse una nueva pensión alimenticia a cargo de este progenitor, siendo el receptor de la misma aquel que acoge a los hijos.

Este cambio de circunstancias se traduce, con la llegada de los hijos al nuevo domicilio familiar, en nuevos gastos en relación con los que se desembolsaban hasta entonces, cuando no convivían hijos con el progenitor deudor o eran menos los que lo hacían; sin embargo, esto no implica que los costes tengan que multiplicarse con precisión matemática por el número de hijos que se integren en el nuevo núcleo familiar, ya que muchos de los gastos domésticos permanecerán invariables, independientemente del número de miembros que conformen la familia, mientras que otros solo aumentarán en una pequeña proporción.

Por el contrario, el aumento del número de hijos que conviven con un determinado progenitor será motivo de un incremento de la pensión alimenticia de estos, o de la contribución del otro cónyuge a las cargas del matrimonio, debiendo tenerse presentes para fijar la nueva pensión los ingresos y gastos de ambos

progenitores, así como las necesidades de los hijos; de tal manera que, una vez valorados todos estos datos, se estará en condiciones de establecer el nuevo reparto de la obligación alimenticia, que recaerá sobre ambos progenitores.

El proceso se invertirá cuando se reduzca el número de hijos que conviven con un progenitor, lo que provocará que la pensión alimenticia o la contribución a las cargas del matrimonio deban disminuir, no haciéndose tampoco en proporción exacta.

8.2.10. Disminución de las necesidades de los hijos

Puede suceder que la reducción de la pensión venga motivada por una disminución de las necesidades de los hijos; ya que, aunque por lo general, según se van haciendo más mayores, las necesidades de los hijos suelen ir en aumento, no es menos cierto que llegará un momento, con el transcurso del tiempo, en que las necesidades se vean reducidas, o incluso que terminen por extinguirse.

Estas eventualidades van a tener incidencia para solicitar la reducción del importe de la pensión de alimentos, como suele suceder ante determinados cambios en la enseñanza de los hijos: que pasen de estudiar en un centro privado a hacerlo en uno público, o que acaben la etapa preescolar y comiencen la educación primaria pública o subvencionada.

En este mismo supuesto debemos incluir los casos en que los hijos comienzan a percibir ingresos mientras reciben también la pensión alimenticia, lo que supondrá que esta vaya disminuyendo hasta quedar extinguida, en el momento en que los hijos sean independientes económicamente. Es decir, hasta que se produzca la extinción definitiva de la pensión, la situación de dependencia del hijo respecto de sus progenitores puede ir reduciéndose paulatinamente, lo que no significa que disminuyan sus necesidades, pero esto puede empujar al progenitor deudor a instar la modificación de la pensión. Nos estamos refiriendo a aquellas situaciones en que los hijos van finalizando su formación y están a punto de acceder al mercado laboral.

Sin embargo, aunque de hecho se produzcan estas situaciones, los tribunales no siempre acuerdan la reducción de la pensión alimenticia, ya que, una vez más, será necesario analizar las circunstancias de cada supuesto concreto, así como tener en cuenta la posición legal que pretenda adoptar el otro progenitor en la defensa de los intereses del hijo todavía dependiente. Así lo han establecido tanto la SAP Madrid de 23

de noviembre de 2011 (EDJ 2011/298686) como la SAP Cáceres de 29 de enero de 2016 (EDJ 2016/8546), que vuelven a remitir a los requisitos generales para toda modificación sustancial de medidas, exigiendo, en primer término, “un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la pensión que se intenta modificar; en segundo lugar, que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios; en tercer lugar, que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo y, finalmente, que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tomada en cuenta una posible modificación de las circunstancias”.

8.3. Aumento de la cuantía de la pensión alimenticia

Al igual que es posible solicitar la reducción de la pensión alimenticia de los hijos cuando se produce una alteración de las circunstancias que dieron origen a su fijación, los mismos argumentos pueden ser empleados en sentido inverso, para solicitar su modificación al alza: el propio artículo 147 del Código Civil, al que ya hemos aludido en repetidas ocasiones, también contempla la posibilidad de solicitar el aumento de la cuantía de los alimentos de los hijos, ya sean estos menores o mayores de edad.

Lógicamente, será necesario respetar siempre el criterio de proporcionalidad, de manera que podrá solicitarse el incremento de la pensión cuando los hijos tengan mayores necesidades y la fortuna del obligado a satisfacer los alimentos hubiese aumentado.

Desde el punto de vista de la práctica, esta explicación resulta simplista, pues son innumerables las circunstancias distintas que pueden presentar los diferentes casos. Lo que sí podemos afirmar es que, para que pueda prosperar la modificación al alza de la pensión alimenticia, debe existir cierta armonía entre los requisitos establecidos en el artículo 147 del Código Civil.

Para proceder al incremento de la pensión, no basta con que los hijos tengan más necesidades, sino que también es preciso que los ingresos de los progenitores sean suficientes para hacer frente a este aumento de los gastos; en cualquier caso, no puede

sufrir menoscabo la idea de que los hijos deben ser partícipes, en mayor o menor medida, del incremento de fortuna de sus progenitores, al estar la pensión alimenticia vinculada al nivel de vida de la familia.

8.3.1. Aumento de las necesidades de los hijos

Ninguna novedad supone que, para que el incremento de los gastos de los hijos sea la causa para solicitar un aumento de la cuantía de la pensión alimenticia es necesario demostrar que se ha producido un cambio sustancial respecto de las circunstancias concurrentes en el momento en que fue fijada la pensión y que afecta, por tanto, a los gastos ordinarios.

Como ya hemos expuesto, la pensión alimenticia debe tender a cubrir, cuando menos, las necesidades básicas y habituales de los hijos recogidas en los artículos 93, 142 y 154 del Código Civil, esto es, lo que sea preciso para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y, en definitiva, todo lo necesario para la formación integral del alimentista, siempre conforme al estatus familiar.

Por el contrario, los gastos extraordinarios, aunque también forman parte de la obligación alimenticia, nacen de necesidades de los hijos de carácter excepcional, tienen un devengo eventual y son difícilmente previsibles, por lo que no tienen por qué suponer un incremento de la pensión alimenticia en el futuro. En definitiva, a diferencia de los gastos ordinarios, que tienen vocación de permanencia en el tiempo y un devengo continuado, los gastos extraordinarios obedecen a situaciones imprevistas y concretas.

Por ello, para referirnos al aumento de las necesidades de los menores, no solo hay que obviar los gastos extraordinarios, superfluos, previsibles, innecesarios o que constituyan una mera liberalidad, sino también aquellos gastos extraordinarios que sean necesarios, salvo cuando haya un acuerdo previo expreso por parte de los progenitores.

En consecuencia, no es fácil que prospere la petición de incremento de la pensión, máxime si tenemos en cuenta que, para que pueda aumentar la cuantía de los alimentos, no solo es preciso que las necesidades del menor hayan crecido, sino que

también debe acreditarse que la capacidad económica del obligado al pago es suficiente para sostenerlas¹⁶⁸.

Tampoco debemos olvidar que las pensiones alimenticias van a ser objeto de revalorización, generalmente, con periodicidad anual –sin perjuicio de otros pactos existentes–, lo que supone que la pensión vaya aumentando con el transcurso del tiempo como consecuencia de la acumulación de actualizaciones. Sin embargo, resulta indiscutible que, a medida que los hijos van alcanzando cierta edad, sus necesidades económicas se tornan mayores, superando, en buena parte de las ocasiones, las actualizaciones fijadas en la sentencia.

La petición de incremento de la pensión siempre debe estar justificada, no pudiendo obedecer a necesidades genéricas como el mero paso del tiempo o el crecimiento de los hijos, que son cambios previsibles y no alteraciones esenciales de las circunstancias económicas tenidas en cuenta al fijar la pensión. El cambio de circunstancias debe ser siempre posterior al momento en que se dictó la sentencia y

¹⁶⁸ A este respecto podemos citar, entre otras, la SAP Jaén de 17 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/333732): “Sostiene la sala [...] la corrección de la elevación de la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos de los ahora litigantes, atendiendo a las necesidades de los mismos –mayor y menor de edad–, y dada la capacidad económica que posee el progenitor no custodio, cuya situación económica ha mejorado desde que se produjo la separación matrimonial”.

La SAP Madrid de 19 de enero de 2010 (EDJ 2010/34900) “acoge la demanda de modificación de medidas de divorcio, elevando la cuantía de la pensión alimenticia con cargo al demandado. Tiene en cuenta la sala tanto los mayores gastos de la hija, como la mayor capacidad económica del obligado al pago”.

La SAP León de 19 de febrero de 2010 (EDJ 2010/57271) considera que “no constituye alteración sustancial que justifique el aumento de la pensión de alimentos la realización de nuevas actividades extraescolares de los hijos, ya que el padre viene obligado al pago de la mitad de los gastos extraordinarios y abona también el importe que la entidad para la que trabaja le entrega para gastos de material y libros”.

La SAP Vizcaya de 11 de enero de 2010 (EDJ 2010/52041) resuelve: “Contra la resolución de instancia, que estimó parcialmente la demanda sobre modificación de las medidas acordadas, la Audiencia Provincial revoca el pronunciamiento, al estimar parcialmente el recurso de apelación planteado. La sala considera que debe ser acogida la pretensión de la apelante, en el sentido de aumentar la cuantía de la pensión alimenticia concedida a favor de los hijos comunes de los ahora litigantes, al haber quedado acreditada la alteración sustancial de las circunstancias del esposo, y debiendo fijar una cuantía que atienda a la necesaria proporcionalidad entre los ingresos del progenitor no custodio y las necesidades de los menores”.

La SAP A Coruña de 31 de marzo de 2011 (EDJ 2011/70346) sostiene que “siendo el cambio de la situación desde la fecha de la sentencia de divorcio sustancial, apreciando el incremento de la edad y necesidades de las hijas, así como un incremento en la situación económica del padre, justifica el incremento de la pensión”.

La SAP Barcelona de 2 de febrero de 2010 (EDJ 2010/73327) expone lo siguiente: “Revoca la sala el pronunciamiento del órgano *a quo*, al entender que, dado que los ingresos del padre son los mismos que los concurrentes en la fecha del divorcio y que los gastos de los menores se han incrementado, debe establecerse la pensión en igual cuantía que la fijada en sentencia de divorcio, no procediendo estimar la pretensión de la recurrente puesto que los ingresos de la madre se han duplicado a los percibidos en la fecha del divorcio”.

debe tener entidad suficiente como para justificar un aumento de la pensión; en definitiva, las necesidades tienen que ser permanentes y estar suficientemente acreditadas.

Teniendo en cuenta que la prestación de alimentos se compone de diversas partidas, la petición de aumento de la pensión de los hijos puede deberse a distintos motivos, como la necesidad de una atención especial a causa de un problema de salud nuevo y crónico, o estar vinculado a alguna dificultad relativa a la vivienda del progenitor custodio –si, por alguna causa, se ve desposeído de ella–, lo que supondrá un aumento de los gastos del que convive con los hijos, rompiéndose la proporcionalidad inicial.

No obstante, el caso paradigmático en este ámbito es el aumento de los gastos de formación y educación de los hijos por cambio de centro o por su acceso a un nuevo ciclo formativo, cuyo coste varía en función de que el centro educativo sea público, concertado o privado; de que se encuentre en la misma ciudad donde se ubica la vivienda familiar o en otro lugar diferente, con los consiguientes gastos de alojamiento, manutención, material escolar, dinero de bolsillo, etc., que esto conlleva¹⁶⁹. Es en estos

¹⁶⁹ La SAP Murcia de 19 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/270206) afirma que “el padre ha de proveer a los derechos del menor, sobre todo porque se da también una nueva circunstancia, que es que la hija mayor de edad ya tiene independencia económica y que se ha suprimido la pensión de la misma a cargo del padre, por lo que ello implica una mayor disponibilidad económica para el mismo. Atendiendo a ambas circunstancias debe incluirse entre los alimentos del menor una parte de los gastos de vivienda, aunque no en la proporción del 50 % que señala la sentencia de primera instancia, pues tanto la madre como la hermana, que también vive en esa casa, tienen que hacer frente a sus respectivas obligaciones, la de la madre de contribuir proporcionalmente a sus ingresos a los alimentos del hijo y la de la hermana mayor, a los derivados de su propia subsistencia; de ahí que se atienda la petición subsidiaria del ahora recurrente y se fije en 320 euros al mes (se tiene en cuenta la actualización de la pensión que venía abonando) el importe de la pensión de alimentos que el padre ha de abonar al hijo, en la que se incluye la parte que corresponde a los gastos de vivienda”.

La SAP Valencia de 18 de julio de 2012 (EDJ 2012/199768) “acuerda [...] la modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio, dando lugar a la extinción del uso de la vivienda conyugal concedida al hijo. Puesto que la vivienda que fue conyugal ha dejado de cumplir la finalidad que la misma tenía, al pasar a ser el domicilio de la nueva familia de la demandada. Eleva la pensión alimenticia concedida a favor del hijo, con el fin de garantizar y contribuir a la vivienda del hijo que habrá de procurarse. Concede un mayor tiempo en el régimen de visitas a favor del padre”.

La SAP Málaga de 22 de junio de 2011 (EDJ 2011/329993) considera que “no procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia a favor del hijo puesto que este ya cursaba estudios universitarios cuando tuvo lugar la separación”. La SAP Madrid de 18 de mayo de 2015 (EDJ 2015/99527) resuelve “aumenta[r] la pensión alimenticia de las hijas, ya que en el momento en que se fijó contaban con 3 años y 18 meses, y no estaban escolarizadas, generando la situación escolar actual un aumento de gastos (ropa, material escolar, alimentos, etc.)”. La SAP Málaga de 18 de marzo de 2014 (EDJ 2014/199141) “eleva [...] la cuantía de la obligación alimenticia determinada a cargo del padre a favor de su hijo, al quedar acreditada la alteración de las circunstancias y al no haber discutido en el procedimiento el aumento de los gastos, extendiéndose así su cobertura a los gastos del hijo derivados de sus estudios y actividad musical”.

supuestos en los que se produce el mayor desembolso económico, lo que justifica la modificación de la cuantía de los alimentos.

8.3.2. Aumento de los ingresos del obligado al pago de los alimentos

Tal y como hemos señalado, uno de los parámetros empleados para calcular el importe de la pensión alimenticia son los ingresos o medios de fortuna con que cuenta el progenitor no custodio.

Aunque no suele ser lo común, es posible que, con el transcurso del tiempo, la proporcionalidad característica de la pensión alimenticia se vea alterada al alza por el aumento de las rentas del progenitor obligado al pago. En ese caso, con base en el artículo 146 del Código Civil –que establece que “la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”–, sería posible solicitar el incremento de las prestaciones alimenticias en favor de los hijos.

Una vez más, debemos advertir de que el mero hecho objetivo de que aumenten los ingresos del progenitor no custodio no supone una subida automática de la pensión alimenticia; para que esto suceda, es necesario acreditar que las necesidades de los hijos son superiores a las que tenían en el momento de fijarse la pensión o, en su caso, que se han reducido los ingresos del progenitor custodio.

Por otra parte, no pueden obviarse los requisitos adicionales que acompañan a la modificación de medidas: para que el incremento de los ingresos del obligado al pago tenga relevancia jurídica a los efectos de aumentar la cuantía de la pensión alimenticia, este debe ser probado fehacientemente, y no estar basado en meras expectativas, debiendo implicar un aumento real de la capacidad económica.

El problema que suele plantearse en la práctica es que, para justificar la mejora en la fortuna del obligado al pago y que pueda prosperar la pretensión, hemos de

La SAP Madrid de 8 de octubre de 2013 (EDJ 2013/254124) sostiene que “no ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la madre demandante, ya que no ha quedado acreditado el incremento de las necesidades del alimentista ni del alimentante. La parte recurrente ha cambiado unilateralmente al hijo de colegio público a privado, por cuestión de salud, por necesitar el inhalador en horario escolar, y lo que no prueba es que en el centro público no se facilite la toma del fármaco, pero dada la edad del niño lo puede llevar a cabo sin necesidad de ayuda. Tampoco procede reducir las visitas al no concurrir graves circunstancias que lo aconsejen, ni que se realicen en el PEF por ser innecesario y no beneficioso para el menor”.

remitirnos a conceptos intangibles –a los que se refieren tanto los artículos 90 y 91 del Código Civil como la jurisprudencia–, como que “el incremento sea significativo”, que el “incremento en los ingresos o fortuna del alimentante deberá ser sustancial” o “de importancia”, “que pueda tener un cierto impacto económico en el nivel de vida familiar”, etc., conceptos que, como hemos observado, serán valorados en el ámbito de la subjetividad del juez. Además, es habitual que estos cambios de fortuna tiendan a ser ocultados por el progenitor que se encuentra obligado al pago de la pensión que se pretende incrementar.

La mejora de la situación económica del progenitor no custodio deberá ser permanente en el tiempo –eventualidad cada vez más complicada, dada la coyuntura económica actual–, por lo que deberá descartarse la modificación de la pensión alimenticia cuando el progenitor haya recibido ingresos puntuales, esporádicos o de carácter extraordinario, que carezcan de continuidad.

Todos estos factores explican la extrema dificultad que presenta la modificación de medidas en estos términos; pero, además, suele existir otro elemento añadido que, sin duda, complica aún más la posibilidad de que prosperen las reclamaciones al alza de las pensiones alimenticias, y es que, normalmente, este incremento de los ingresos suele ir acompañado de un aumento simultáneo de las cargas del progenitor obligado al pago¹⁷⁰.

¹⁷⁰ La SAP Madrid de 7 de junio de 2013 (EDJ 2013/146706) “estima el recurso de apelación interpuesto y considera adecuada y proporcional la cuantía de la pensión propuesta en la demanda. Señala la sala que, aunque la cláusula del convenio regulador contenga la posibilidad de revisión de la cuantía de la pensión alimenticia para el caso de que la apelada ‘obtenga un trabajo con contrato fijo e indefinido’, ello no obsta para que pueda ejercitarse la facultad modificadora a través de cualesquiera otras circunstancias que se hayan alterado. La cuestión no puede girar sobre si el trabajo desarrollado por la apelada tiene o no el carácter de fijo e indefinido, sino tan solo si trabaja y obtiene retribución económica por ello que le permita subvenir las necesidades propias y de los hijos comunes, circunstancia que en ningún momento se niega y que además ha sido suficientemente acreditada”.

La SAP Baleares de 1 de octubre de 2013 (EDJ 2013/198872) se pronuncia en los siguientes términos: “La sala no otorga valor de cosa juzgada a lo acordado en el auto de ejecución respecto de la aprobación de un nuevo convenio que desplazara al anterior, por no haberse aprobado en procedimiento plenario, sin embargo, sí evidencia la existencia de una serie de hechos nuevos a tener en cuenta, como lo fue el traslado de los hijos con su madre a Baleares, que redundan en la pensión de alimentos y en el régimen de visitas. Con respecto a los alimentos, siendo obligación de ambos progenitores y contando estos con recursos propios, la sala eleva su cuantía, que será la misma para los dos”.

La SAP A Coruña de 31 de marzo de 2011 (EDJ 2011/70346) “revoca [...] el pronunciamiento, en el sentido de establecer el importe de la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de las dos hijas, manteniéndose a favor de la hija menor, una vez extinguida la pensión alimenticia de la hija mayor. Sostiene el tribunal que siendo el cambio de la situación desde la fecha de la sentencia de divorcio sustancial, apreciando el incremento de la edad y necesidades de las hijas, así como un incremento en la situación económica del padre, justifica el incremento de la pensión”.

La SAP Valencia de 4 de febrero de 2011 (EDJ 2011/65121) “mantiene las medidas establecidas en el acuerdo suscrito por ambos y aprobado en otro proceso judicial previo, con la única excepción de elevar

El devengo de dichas cargas familiares suele dar lugar, precisamente, a una mayor necesidad de generar nuevas fuentes de ingresos; si, por ejemplo, tras la ruptura familiar, el deudor de la pensión rehace de nuevo su vida en pareja –con el posible nacimiento de nuevos hijos, la adquisición de otras cargas familiares o de la nueva sociedad conyugal, la contratación de hipotecas por compra de vivienda, etc.–, lo que trae consigo una serie de gastos que, como es obvio, no podrá cubrir con los ingresos que venía percibiendo, lo que le obligará a buscar otras fuentes de ingresos que, en caso de obtenerse, quedarán compensados con los nuevos gastos asumidos.

De ahí se deriva la dificultad de reclamar una subida de la pensión alimenticia; ya que únicamente podrá ser aceptada cuando se haya producido un cambio tan sustancial en los ingresos del progenitor deudor que no solo se rompa la proporcionalidad existente en el momento de fijarse la pensión inicial, sino que, además, ese incremento le permita asumir los nuevos gastos y responsabilidades adquiridos.

8.3.3. Disminución de los ingresos del progenitor que administra las pensiones

Una vez más, debemos partir de la idea de que, tras la ruptura, ambos progenitores continúan obligados a prestar alimentos a sus hijos, cada uno de ellos, en proporción a sus medios y en función de las necesidades de los descendientes, según lo previsto en los artículos 145 y 146 del Código Civil.

La prestación de alimentos que debe abonar a los hijos el progenitor no custodio queda reflejada en la resolución que fija la pensiones; dato que –como observábamos en apartados anteriores– no se consigna en el caso de la contribución que proporciona el progenitor custodio. Dicha contribución, por el simple hecho de convivir con los hijos y atenderlos directamente teniéndolos en su compañía, es indiscutible desde un punto de vista moral; pero tampoco plantea ninguna duda desde la perspectiva legal si, además, el progenitor custodio tiene ingresos propios –en este caso resulta innegable que hace una

la cuantía de la pensión de alimentos establecida en el citado convenio a cargo del padre en atención a la mejora en la cualificación profesional y en las retribuciones de este. Declara la sala que el resto de medidas acordadas deben mantenerse, en concreto los pactos sobre el reparto del pago de la cuota hipotecaria que grava la vivienda y el de los gastos de educación, salud y otros extraordinarios de la hija común, ya que la mejor situación económica del padre solo justifica la modificación de la pensión alimenticia pero no la del resto de pactos que deben ser respetados, sin que resulte procedente en el presente procedimiento determinar qué gastos deben considerarse extraordinarios como hizo el juez *a quo*”.

aportación económica a los alimentos de los hijos, aunque sea en menor medida que el progenitor no custodio.

El hecho de que las sentencias no hagan mención expresa de la cuantía de los alimentos que debe prestar el progenitor que convive con los hijos no supone que quede exonerado de tal obligación, ni que se cargue exclusivamente sobre el otro, ni que los hijos deban ser alimentados solo con lo que el deudor abona; sino que habrán de tenerse en cuenta los diversos factores económicos y personales que afectan a los protagonistas de la situación jurídica.

Así se ha pronunciado la SAP Huelva de 28 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/368799), que afirma que deben incluirse dentro de los mismos “todas las necesidades materiales y afectivas del hijo que han de valorarse en el tiempo, los cuidados constantes que el padre o la madre con quien conviva ha de prestarle, tratándose de una suerte de prestación de alimentos en el seno de la vivienda familiar a través de la permanente dedicación al hijo y de facilitarle no solo lo que permita la pensión satisfecha por el otro progenitor, sino todo lo que, aunque exceda de esta, precise para su sustento, educación, habitación, vestido y asistencia médica”.

Todo ello nos permite concluir que, si se acreditase que el progenitor que convive con los hijos –custodio o no custodio– ha sufrido una reducción en sus ingresos, correspondería al otro progenitor asumir casi por completo la carga económica que supone cubrir las necesidades de índole material de sus hijos, conforme a lo establecido en los artículos 90 y 91 del Código Civil, estando obligado a demostrar la alteración de las circunstancias aquel que la alega.

Para que esta modificación se produzca, es requisito que la disminución de los ingresos del progenitor custodio tenga un impacto económico relevante, que dificulte la manutención de los hijos y la cobertura de sus necesidades, siendo además necesario que el aumento de la cuantía de los alimentos pueda ser asumido por el cónyuge no custodio¹⁷¹.

¹⁷¹ En este sentido se ha pronunciado la mayor parte de la jurisprudencia, como podemos comprobar, entre otras, en las sentencias citadas a continuación. La SAP Albacete de 29 de marzo de 2004 (EDJ 2004/116442) argumenta que, “aunque ciertamente debe incrementarse la cuantía de la pensión a cargo del demandado, al haber aumentado las necesidades de la hija por reducción de la capacidad económica de la madre, sin embargo, debe serlo en una cuantía inferior, ya que el nuevo esposo de la demandante goza de una buena posición económica y ello repercuta en su beneficio, incremento que debe producir sus

Finalmente, como es lógico, en el supuesto de que dichas necesidades no pudieran ser asumidas por el progenitor no custodio, no podría acordarse la subida de la pensión alimenticia, lo que repercutiría irremediablemente en los hijos, que sufrirían el correspondiente ajuste económico.

8.4. Supuestos de modificación de la pensión que no afectan a su cuantía: suspensión y limitación en el tiempo

La suspensión de la obligación de abonar las pensiones alimenticias implica que al deudor le resulta imposible temporalmente hacer frente a las mismas; esta interrupción de la obligación de pago solo se produce ante situaciones de extrema gravedad y excepcionalidad.

La petición de la suspensión del pago de la pensión alimenticia por parte del progenitor deudor tiene su fundamento en el apartado 2.º del artículo 152 del Código Civil, que establece que el obligado al pago podrá instar la suspensión temporal de su abono “cuando [su] fortuna [...] se hubiere reducido hasta el punto de no poder

efectos a partir de que se dicta la resolución judicial que así lo fija y no desde la interposición de la demanda”.

La SAP Huelva de 28 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/368799) “acoge [...] parcialmente el recurso de apelación planteado contra la sentencia de primera instancia que había desestimado la demanda de modificación de medidas de divorcio para el aumento de la pensión de alimentos del hijo menor común de los litigantes. La sala indica que no puede modificarse la pensión alimenticia por la alteración de la aptitud física de la madre para trabajar debido a un accidente de tráfico, ya que cuando se pactó dicha pensión no se tuvieron en cuenta los recursos económicos de la madre, que no obtenía ingresos por razón de trabajo cuando se firmó el convenio aunque pudiera hacerlo cuando se modificó, procediendo el aumento solicitado pero a consecuencia de haberse cumplido la condición suspensiva fijada en dicho convenio por finalización del abono de un préstamo”.

La SAP Pontevedra de 28 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/264498) se refiere a aquellos supuestos en que el progenitor con el que conviven los hijos pierde el empleo o cuyos ingresos se reducen de forma sustancial, de manera que se produce un cambio relevante que rompe la proporcionalidad existente en el momento de fijar la pensión. La SAP Murcia de 24 de septiembre de 2015 (EDJ 2015/177006) considera que “no procede incrementar la pensión de alimentos de los hijos, ya que los ingresos del padre no han variado sustancialmente y la recurrente no acredita sus ingresos actuales. La Audiencia Provincial mantiene que el pago de los gastos de escolarización, AMPA y actividades complementarias de los menores sea satisfecho directamente por el padre, detrayéndolo de la pensión de alimentos, pues la madre no los abona”.

La SAP Barcelona de 2 de mayo de 2014 (EDJ 2014/97097) concluye: “La sala considera adecuado aumentar la cifra de la pensión alimenticia, fijándose en proporción a las necesidades del alimentista, y las posibilidades y medios de los progenitores, sin que proceda acordar el pago directo a cargo del padre de los gastos de educación y formación, pues son gastos ordinarios que deben asumirse por ambos progenitores”.

La SAP Madrid de 18 de mayo de 2015 (EDJ 2015/99527) “acuerda que el padre asumirá el pago de los gastos correspondientes a los estudios ordinarios de sus hijos, así como el incremento de la cuantía de la pensión alimenticia, [...] habida cuenta de la minoración de los ingresos de la demandada que es quien tiene la custodia de los menores, confirmando la sala igualmente el régimen de visitas sin pernocta, en atención a las malas relaciones de las niñas con la pareja del recurrente”.

satisfacer [los alimentos] sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”. En estos supuestos, deberán analizarse las circunstancias que han provocado la disminución de los ingresos del deudor y si pueden dar lugar a la suspensión del abono de la pensión.

Estas eventualidades comparten origen y características con las que permiten solicitar la supresión del pago de la pensión alimenticia; la diferencia estriba en que, para que se acuerde la suspensión de la pensión, no se exigirá que las nuevas circunstancias sean permanentes, requisito que sí resulta imprescindible para solicitar su extinción.

Es por ello que la situación que origina la petición de suspensión del pago de la pensión debe tener un carácter transitorio o coyuntural, motivada por una mala situación económica o una circunstancia personal grave –como una enfermedad, el ingreso en prisión, etc.–, que acarree una importante merma en los ingresos del progenitor deudor y le impida hacer frente al pago de la pensión.

Esto nos lleva, una vez más, a referirnos a la protección del denominado “mínimo vital”. Se trata de casos en que –a pesar de que la pensión alimenticia de los hijos merece siempre la máxima protección– la situación del progenitor obligado al pago es tan extrema y se encuentra acuciado por tales problemas económicos que tiene verdaderas dificultades para atender sus propias necesidades. En estos supuestos excepcionales, y basándose en un criterio restrictivo y temporal, puede acordarse la suspensión de la obligación.

Pionera en este sentido fue la SAP Madrid de 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/168485), que accede a modificar la medida relativa a la pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad, si bien no admitiendo la supresión de la misma según lo solicitado por el padre deudor, sí suspendiendo la obligación “en tanto subsista la precaria situación pecuniaria del apelante, reanudándose en el momento en el que perciba ingresos o se acrediten otros medios de fortuna”¹⁷².

¹⁷² En términos similares se pronuncia la SAP Asturias de 8 de octubre de 2012 (EDJ 2012/252088), que “deja sin efecto la pensión de alimentos a favor de los hijos. Pues al padre recurrente después de satisfacer la carga hipotecaria le resulta imposible atender la medida alimentaria. Por ello, se suspende la medida económica alimentaria en tanto atienda la carga del préstamo hipotecario y no venga a mejor fortuna”. La SAP Madrid de 18 de marzo de 2016 (EDJ 2016/66547) afirma que “cuando no constan recursos, ingresos o remuneración alguna del progenitor obligado al pago de la pensión, se considera que existe una evidente alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al establecerla y debe procederse a la suspensión de la obligación de pago hasta que recupere recursos”.

De nuevo, el tratamiento jurídico será diferente en función de que el hijo sea mayor o menor de edad, de manera que los juzgados y tribunales se muestran más flexibles para aplicar la suspensión de la pensión alimenticia cuando los hijos son mayores de edad.

Obviamente, los juzgados suelen ser más reacios a estimar solicitudes de suspensión temporal de la pensión alimenticia cuando afectan a hijos menores de edad, ya que, si bien es cierto que el apartado 2.º del artículo 152 del Código Civil preceptúa que cesará la obligación de dar alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, su aplicación será mucho más restrictiva cuando se trate de atender las necesidades de los hijos menores.

Para lograr una correcta aproximación a la cuestión, consideramos fundamental analizar algunas sentencias paradigmáticas sobre la materia, que no hacen sino incidir en lo excepcional que resulta en la práctica aprobar la medida de suspensión de la pensión.

Estas resoluciones reservan la suspensión para los supuestos en que se demuestra una mayor dificultad para hacer frente al cumplimiento de la obligación alimenticia, tal y como han puesto de manifiesto la SAP Málaga de 11 de junio de 2014 (EDJ 2014/202526) o la SAP Asturias de 20 de julio de 2015 (EDJ 2015/187464), que acuerda suspender la obligación de alimentos “hasta que le sea concedido el subsidio o desempeñe algún trabajo, momento en el cual se reanudará la obligación impuesta en la sentencia. Declara la sala que ha quedado acreditado que la actora no percibe prestación alguna en concepto de subsidio o desempleo, ni pensión alguna, por lo que carecía de ingresos, que le impiden atender a su propia subsistencia, dependiendo de familiares o

También hay muchos casos en los que se deniega la suspensión de la pensión de alimentos pese a las precarias circunstancias económicas del deudor, como en la SAP Sevilla de 23 de julio de 2012 (EDJ 2012/348243), que “desestima [...] el recurso interpuesto por el progenitor demandante sobre la suspensión temporal de la pensión alimenticia al menor de edad. Señala la sala que, siendo obligación de los padres proporcionar a los hijos la asistencia moral y material necesaria, no cabe suspender, siquiera temporalmente, la ya de por sí exigua cuantía de la pensión, que resulta ser inferior al mínimo vital”. O la SAP Jaén de 4 de febrero de 2013 (EDJ 2013/78130), que resuelve que “la cuantía fijada en la resolución recurrida se ajusta a las necesidades de los alimentistas y a la capacidad del alimentante, ciertamente esta capacidad económica es limitada (actualmente solo percibe el subsidio de desempleo), pero la cuantía fijada ha sido considerada por esta Audiencia de modo reiterado como el mínimo vital para las necesidades de los alimentistas”.

terceros, lo que conlleva una imposibilidad de cumplir con la obligación de alimentos para sus hijas”.

En la misma línea se mantiene la SAP Asturias de 23 de junio de 2014 (EDJ 2014/108953), que acuerda la suspensión temporal de la pensión, “ante la carencia absoluta de ingresos por parte del progenitor no custodio mientras aquella se mantenga, si bien tendrá efectos desde la fecha de la sentencia sin que sea posible retrotraerlos a la interposición de la demanda”.

Sin embargo, esta posición no es unánime y existen importantes diferencias en la interpretación de la cuestión pues, ante supuestos de similar gravedad, algunos juzgados y tribunales se han pronunciado en sentido contrario, como es el caso de la SAP Alicante de 16 de marzo de 2006 (EDJ 2006/338294) o la SAP Sevilla de 23 julio de 2012 (EDJ 2012/348243), que considera improcedente decretar la suspensión de la pensión alimenticia y confiar su abono únicamente a la alimentante, “mediante una serie de supuestos detallados en la sentencia recurrida, lo que no hace sino desvirtuar tan esencial obligación impuesta a todo progenitor por los artículos 93 y 146 del Código Civil en relación con el artículo 39 de la Constitución Española y que además consistía en una cuantía pequeña, en torno al mínimo vital”.

En definitiva, dichas sentencias consideran que, siendo obligación de los padres proporcionar a los hijos la asistencia moral y material necesaria, no cabe suspender, siquiera temporalmente, la pensión en aquellos supuestos en los que se acredite que la misma apenas cubre las necesidades mínimas de los hijos. En estos casos se produce un claro conflicto entre el padre alimentante y el hijo alimentista, ya que conviene recordar que la protección del mínimo vital ha de hacerse en las dos direcciones.

La SAP Madrid de 26 de junio de 2008 (EDJ 2008/153307) y la SAP Tarragona de 8 de febrero de 2008 (EDJ 2008/46786) van más allá en la protección de la obligación alimenticia al interpretar que “la privación de libertad del progenitor no custodio no es causa para la suspensión de la pensión alimenticia, dado el carácter ineludible de la obligación de los ascendientes de prestar alimentos a sus descendientes”.

Muy próxima a estas consideraciones se encuentra parte de la jurisprudencia mayor más reciente. Así, la STS sala 1ª de 14 de octubre de 2014 (EDJ 2014/177284) fija expresamente la doctrina jurisprudencial para supuestos de ingreso en prisión del

alimentante en los siguientes términos: “la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos”.

En efecto, estimando el recurso de casación contra la SAP Jaén de 4 de febrero de 2013 (EDJ 2013/78130), que había suspendido la obligación alimenticia porque el ingreso en prisión del alimentante reducía su capacidad de pago mientras permaneciera en ella, “la sala señala que la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos, sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges o de las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, de manera que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución, sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones. No cabe suspender la pensión por el simple hecho de haber ingresado en prisión, gravando al otro progenitor con la obligación de soportarlos en exclusiva si no se acredita esa falta de medios o recursos”.

Sin embargo, la cuestión se plantea de modo diferente cuando la modificación de medidas afecta a hijos mayores de edad o económicamente independientes, como se observa en el supuesto enjuiciado por la STS sala 1ª de 24 de octubre de 2008 (EDJ 2008/197193), que suspende la pensión alimenticia fijada en el divorcio, del padre en favor de su hija, porque esta, deportista de élite, ha alcanzado independencia económica y cuenta con medios suficientes, pese a su minoría de edad, para subvenir a sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación.

En similares términos se pronuncia la ya mencionada SAP Asturias de 23 de junio de 2014 (EDJ 2014/108953), que insiste en que el fundamento legal de los alimentos en favor de los hijos mayores de edad se halla en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, encontrándonos habitualmente con que la causa “más común para solicitar la suspensión temporal de la pensión alimenticia es el empeoramiento de las circunstancias económicas del progenitor obligado al pago, de forma que una situación de desempleo puede dejar en suspenso la obligación en tanto no mejore la situación laboral del progenitor”.

Consideramos que es en supuestos como estos, de enorme dificultad económica para el progenitor deudor, cuando más incidencia deben tener el resto de circunstancias

que rodean a la pensión alimenticia, como son la situación económica del otro progenitor, el aprovechamiento de los hijos en sus estudios, o la incorporación paulatina del hijo al mundo laboral. Aunque lo habitual es que los primeros contratos de trabajo sean de carácter esporádico o temporal y bastante precarios, en estos casos, la excepcionalidad o gravedad de la situación económica del progenitor puede ser motivo para la concesión de una suspensión temporal de la obligación de prestar alimentos. Ahora bien, es indudable que al estudiar estos supuestos deberán contrastarse la situación económica coyuntural del progenitor, como obligado al pago de la pensión, y la de los hijos receptores de la misma y que, en el momento en que se solicita la suspensión, comienzan a recibir sus primeros ingresos; debiendo valorarse el impacto que tendría para los hijos la eventual desaparición de la pensión, y si ello les dejaría en una situación aun peor que la del progenitor.

En este punto podemos citar la SAP Baleares de 4 de junio de 2001 (EDJ 2001/30156), que se opone a la concesión de la suspensión temporal de la obligación, manifestando que, aunque resulta admisible para solicitar dicha suspensión la alegación de que el hijo trabaja durante las vacaciones, no procede admitirla cuando esta sirve para cooperar económicamente en la satisfacción de sus necesidades.

En esta misma línea se pronuncia, años más tarde, la SAP Madrid de 13 de marzo de 2009 (EDJ 2009/68531), que, aunque acuerda dejar en suspensión la pensión alimenticia “fijada a favor de la hija mayor de edad de los litigantes durante los períodos en que la misma se encuentre trabajando o perciba prestación por desempleo”, considera que dicha pensión no puede suspenderse ni extinguirse mientras quede acreditado que existe necesidad por parte de los hijos, “ya que mientras la pensión alimenticia de los hijos menores de edad es incondicional, sin embargo, cuando estos alcanzan la mayoría de edad, la misma pierde tal carácter y su percepción estará condicionada a que el hijo la necesite, para lo cual se exigirá que el hijo carezca de ingresos propios suficientes para alcanzar su independencia económica”.

Por consiguiente, la petición de suspensión temporal de la obligación de pagar alimentos será atendible siempre que, aun mostrando ánimo de cumplir con la obligación alimenticia en favor de los hijos, el progenitor deudor no pueda abonarla por carecer de medios económicos de forma sobrevenida.

Otra causa habitual de suspensión de la obligación alimenticia suele ser que el hijo mayor de edad esté trabajando o perciba algún tipo de renta que le permita obtener ingresos que se aproximen a la cuantía de la pensión alimenticia, si bien dicha retribución debe tener carácter temporal puesto que, una vez finalizada la actividad laboral, volverán a concurrir los requisitos que le hacen acreedor de la pensión.

En definitiva, una vez desaparecidas las circunstancias que dieron lugar a la suspensión de la pensión de alimentos puede solicitarse la rehabilitación de su pago, que no necesariamente debe coincidir con la cuantía anterior, sino que puede acomodarse a las nuevas necesidades de los hijos y a los recursos del progenitor, especialmente si se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que motivaron la suspensión.

8.4.1. Limitación temporal de la pensión

No deben confundirse los supuestos previstos para la suspensión con las situaciones en que, aunque el juzgador opta por mantener la pensión de alimentos, decide limitarla en el tiempo. Es decir, en estos casos no existe una suspensión de la pensión, sino que se fija un plazo tras el cual la obligación de pago cesará.

Ya hemos tratado detenidamente estos supuestos en apartados anteriores, cuando nos referíamos a los hijos cuya actitud pasiva para acceder al mercado de trabajo les impide obtener ingresos, lo que perpetúa una situación de necesidad que justificaría el pago de la pensión. El absentismo de estos hijos lleva a muchos progenitores a plantear una modificación de las medidas, solicitando que se fije un límite temporal a la obligación del pago de la pensión. En estos supuestos lo que se pretende no es reducir o incrementar la cuantía de la pensión, sino incentivar un cambio de actitud del hijo, ya que la fijación de este límite temporal debería servir para que el hijo se preocupase de obtener los ingresos que le permitieran independizarse.

Es idéntico el supuesto en que el hijo no ha terminado su formación por causas que le son imputables, por lo que quedará al arbitrio del progenitor deudor de la pensión alimenticia el solicitar su supresión o la fijación de un límite temporal a la obligación económica, no existiendo inconveniente desde el punto de vista procesal para que se planteen ambas opciones de forma alternativa.

Una vez más encontramos apoyo en las resoluciones del Tribunal Supremo. La STS sala 1ª de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319) se pronuncia a propósito del pago de las pensiones alimenticias en favor de hijos mayores de edad con preparación académica y con plena capacidad física y mental en los siguientes términos: “No se encuentran, hoy por hoy, dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores de una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un ‘parasitismo social’”.

A priori, difícilmente puede fijarse un límite temporal a la obligación económica, ya que no podemos saber cuándo un hijo va a dejar de necesitar los alimentos, ni tampoco si el progenitor va a verse imposibilitado para prestarlos; por lo tanto, la obligación debe mantenerse mientras se mantengan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión y no se produzca alguno de los motivos previstos en los artículos 150 y 152 del Código Civil para el cese de la obligación de suministrar los alimentos.

Sin embargo, consideramos que esta medida constituye una solución intermedia bastante satisfactoria para supuestos en que un progenitor solicita la extinción de la pensión alimenticia de los hijos, mientras que el otro pretende que se mantenga indefinidamente.

Con la limitación temporal de la pensión, no solo se da un plazo razonable al hijo para que procure su propia independencia económica antes de proceder a la extinción definitiva de la pensión, sino que además se le permite al progenitor no custodio hacer una mejor previsión de sus gastos, ya que, conociendo con suficiente antelación la fecha de extinción de la pensión alimenticia de su hijo, puede posponer determinadas decisiones que vayan a afectar a su capacidad económica –tener un hijo, adquirir una nueva vivienda, etc.–, lo que sin duda debería reducir la conflictividad familiar.

La jurisprudencia se encuentra dividida en lo que se refiere a la limitación temporal de la pensión de alimentos en favor de hijos mayores de edad. Mientras que un sector opina que la pensión debe limitarse en el tiempo para evitar que el hijo se acomode y no haga nada por modificar una situación cada vez más gravosa para el progenitor obligado al pago, otro sector jurisprudencial defiende que la pensión

alimenticia es un derecho que ha de mantenerse mientras no varíen las circunstancias que llevaron a establecerla.

a) Posiciones contrarias a la limitación temporal de la pensión de alimentos

Las posiciones contrarias a la limitación temporal de la pensión alimenticia basan su argumentación en que las decisiones relativas a los alimentos de los hijos mayores de edad deben tener presente la realidad social, que actualmente se caracteriza por la dificultad que encuentran los jóvenes para obtener un trabajo estable lo suficientemente remunerado como para poder disfrutar de una vida independiente.

El hecho de que el hijo haya tenido empleo durante un período razonable de tiempo no es motivo suficiente para modificar la pensión alimenticia si no hay razones objetivas para ello, ya que el derecho a los alimentos se mantiene –siempre en proporción a la fortuna del obligado a satisfacerlos– mientras dure la necesidad del alimentista y no concurran otras causas que justifiquen su extinción o modificación¹⁷³.

Otro de los fundamentos contrarios a la limitación temporal de las pensiones recogido en algunas sentencias¹⁷⁴ encuentra su base en que las pensiones reconocidas en

¹⁷³ La SAP Soria de 5 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/293933) “rechaza [...] la pretensión del actor sobre la modificación de las medidas adoptadas en procedimiento de divorcio. Confirma la extensión del límite de la prestación de alimentos hasta los 25 años, como resultó establecido en sentencia por el órgano *a quo*, o hasta el momento en que inicie actividad laboral, solución ajustada a derecho, máxime por cuanto no ha abandonado sus estudios y no tiene experiencia alguna en el mercado laboral. Mantiene igualmente el uso de la vivienda familiar a favor del interés más necesitado de protección y establece un límite temporal a dicho uso, para evitar una perpetuidad en el citado disfrute a favor de las codemandadas, con evidente perjuicio a la parte recurrente”.

La SAP Baleares de 15 de junio de 2010 (EDJ 2010/145970) “no extingue la pensión como el juez *a quo*, pero sí restringe la vigencia en el tiempo. Ello, teniendo en cuenta el abandono voluntario de los estudios por parte de la hija, el inicial acceso al mercado laboral y el tratamiento al que se ha sometido en el servicio de salud mental”.

¹⁷⁴ La SAP Sevilla de 22 de junio de 2009 (EDJ 2009/297766) considera que “no existe motivo alguno, por una variación sustancial en las circunstancias, que pueda permitir acoger la pretensión del actor, en relación a la modificación de los términos previstos en el convenio regulador para la pensión alimenticia, rechazando tanto el reintegro solicitado como la fijación de límite temporal a la obligación de prestar alimentos”.

La SAP Córdoba de 9 de mayo de 2013 (EDJ 2013/131726) “acuerda no extinguir la pensión alimenticia prestada por el actor a favor de la hija de los litigantes. Se establece que el hecho de que la persona en cuyo beneficio se estableció la pensión de alimentos haya alcanzado la mayoría de edad no es suficiente para que se decrete la extinción de esa obligación. No se puede afirmar que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando los padres formularon la propuesta de convenio regulador, que incluía esta pensión de alimentos a cargo del progenitor no conviviente”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/298273) estima el recurso de la esposa, dejando sin efecto la limitación temporal del uso y disfrute del domicilio familiar así como la de la pensión alimenticia hasta que la hija sea mayor de edad, y expone que “la prestación alimenticia a favor de los hijos menores de edad se prorroga una vez que se alcanza la mayoría hasta que se decrete su

favor de los hijos al amparo de los artículos 90 y 93 del Código Civil no son propiamente alimenticias o de alimentos, sino que, mientras los hijos vivan a costa de uno de los cónyuges y no se independicen económicamente, se mantendrán las contribuciones a las cargas del matrimonio o de la familia, aunque los hijos sean mayores de edad o estén emancipados.

Este razonamiento es equiparable a la situación prevista en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, pues se trata de atender –en términos similares a cuando el matrimonio funcionaba con normalidad– a las cargas derivadas de una situación que de hecho persiste.

Por último, debemos insistir en que la obligación de prestar alimentos no se extingue por el hecho de que el acreedor llegue a la mayoría de edad, sino que, a partir de ese momento y si subsisten las circunstancias previstas en el párrafo 2.º del artículo 142 del Código Civil, se transforma en otro tipo de crédito, por lo que su limitación temporal carece de sentido.

b) Posiciones favorables a la limitación temporal de la pensión de alimentos

Como hemos defendido, la limitación temporal de la pensión alimenticia debe entenderse actualmente como una medida conducente a la culminación de los estudios de los hijos como paso previo a su independencia económica; y es que, aunque no podemos olvidar que la función de la pensión alimenticia es la de cubrir una necesidad acreditada y actual, cada vez en más ocasiones y como consecuencia de su absentismo,

extinción en el oportuno procedimiento modificatorio. Los requisitos para su concesión o extinción deben valorarse en el momento en que tal mayoría se alcance, pero no anticipadamente. Igualmente debe señalarse respecto al uso y disfrute, ya que siendo menor de edad la hija su superior interés que debe ser objeto de protección impide la limitación temporal del mismo, debiendo instarse la correspondiente modificación de medidas al alcanzarse la mayor edad”.

La SAP Guadalajara de 10 de abril de 2012 (EDJ 2012/72583) “revoca la resolución recurrida en el único sentido de dejar sin efecto la limitación temporal establecida en la instancia respecto de la obligación de abono de la pensión alimenticia por el demandado. Rechaza la sala la retrotracción de los efectos de las medidas acordadas a la fecha de interposición de la demanda y la elevación de la cuantía de la pensión alimenticia. Revoca por el contrario, la limitación temporal de la pensión alimenticia, al entender que dichas limitaciones operan sobre la base de una previsión cierta de terminación de la fase de formación académica, con posibilidades de incorporación inmediata al mercado de trabajo, o ante conductas de escaso aprovechamiento escolar, estableciéndose un acicate, o seria advertencia, al alimentista para modificar su actitud. No apreciando dichas circunstancias en el caso presente”.

se contempla la limitación de la pensión con el fin de evitar la acomodación de los hijos mayores de edad¹⁷⁵.

¹⁷⁵ La SAP Asturias de 9 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/300995) declara que “la pensión de alimentos de la hija mayor de edad se extinguirá automáticamente transcurridos dos años desde la fecha de esta resolución, tiempo suficiente para que la hija pueda completar su formación superior. [...] Hay que tener en cuenta que la hija ha alcanzado una edad que hace que no sea razonable mantener indefinido en el tiempo el derecho a la pensión, pues la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad no puede prolongarse indefinidamente en función de los solos deseos del hijo en la ampliación de su formación universitaria. Con la limitación de la pensión, se incentiva al alimentista a procurarse un trabajo y se evita acudir a un ulterior proceso para pedir la extinción de la pensión”.

La SAP Madrid de 1 de marzo de 2011 (EDJ 2011/44739) se manifiesta “en el sentido de mantener la pensión de alimentos de la hija común durante dos años a contar desde la presente resolución, puesto que habiendo dejado voluntariamente el trabajo y siendo su actividad y rendimiento académico propio de quien ha decidido dejar los estudios al haberse incorporado al mercado laboral [...]”.

La SAP Madrid de 23 de marzo de 2011 (EDJ 2011/63400) confirma la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad, “al apreciar que la misma no se encuentra actualmente en condiciones de atender por sí misma con dignidad el propio sustento con autonomía de sus progenitores, dada la imposibilidad de simultanear trabajo y estudios. Si bien se mantiene el importe de la pensión al considerarla proporcional a los ingresos del apelante y las necesidades de la beneficiaria, su duración se limita al plazo de dieciocho meses”.

La SAP Albacete de 2 de marzo de 2009 (EDJ 2009/151352) acuerda “modificar la medida relativa a la pensión alimenticia establecida a favor de los dos hijos mayores, que cuentan con treinta y treinta y dos años, considerando su deficiente rendimiento académico así como su deber de posibilitar su acceso al mercado laboral, de forma que la sala fija un límite temporal de un año a la pensión alimenticia, con la finalidad de estimularles a que alcancen la independencia económica”.

La SAP Alicante de 26 de octubre de 2009 (EDJ 2009/327533) considera que “no ha lugar a extinguir ni suspender la pensión de alimentos de la hija mayor de edad, dado que sigue en el domicilio familiar, prepara oposiciones y trabaja a tiempo parcial, pero no puede subvenir a sus necesidades, lo que no permite concluir que cuente con independencia económica. El apelante es una persona aún joven, con cualificación profesional en el ramo de la construcción, que si bien percibe en la actualidad una ayuda, ha manifestado que hace chapuzas, por tanto puede satisfacer sus necesidades y las de su familia”.

La SAP Madrid de 20 de mayo de 2010 (EDJ 2010/142978) dicta: “La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la resolución de instancia, que desestimó la demanda y declaró no haber lugar a la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. Frente a lo dispuesto por el órgano *a quo*, considera la sala que si bien deben mantenerse en relación a la pensión alimenticia fijada a favor del hijo mayor de edad, procede a acordar un límite temporal de tres años, suficiente para que pudiese terminar su proceso de formación y lograr por parte del alimentista la plena independización respecto de sus progenitores”.

La SAP Alicante de 20 de enero de 2011 (EDJ 2011/173444) limita a dos años la duración de la pensión de alimentos fijada en la sentencia de divorcio a favor del hijo mayor de edad. Así, explica: “El hijo ha optado por reanudar sus estudios, al haberse matriculado en un curso de formación, y sigue conviviendo con la madre. Teniendo en cuenta su edad y las actuales condiciones del mercado laboral, se considera conveniente mantener la pensión de alimentos para que el hijo pueda lograr una formación académica. Pero procede establecer una limitación temporal, dos años, porque de esta forma se crea en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente. No procede el cese del uso de la vivienda familiar, dado que en el convenio regulador han establecido un término final, cuando procedan a la liquidación de la sociedad de gananciales”.

La SAP Madrid de 10 de mayo de 2011 (EDJ 2011/116027) se manifiesta en los siguientes términos: “La sala revoca el pronunciamiento, frente a lo acordado por el órgano *a quo*, que declaró extinguida la obligación del pago por el demandante a la demandada de la pensión compensatoria y de la pensión por alimentos a una de las hijas, manteniendo la pensión a favor de la otra hija, que ahora se impugna, y acuerda limitar el derecho a la pensión de alimentos a dos años, puesto que atendiendo a las circunstancias del caso, se justifica ya la temporalización de la pensión de alimentos, a fin de dar un plazo prudente a dicha hija para la incorporación al mundo laboral”.

La necesidad de acotar la obligación alimenticia en el tiempo no impide que los hijos mayores de edad sigan dependiendo, en cuanto a sus necesidades vitales de vivienda, alimentos, vestido, instrucción o estudios, de sus progenitores, pese a que la ley les concede el pleno goce de sus derechos civiles en virtud del artículo 322 del Código Civil. Y es que, sin perjuicio de que exista una evidente contradicción entre la situación jurídica y la realidad práctica, los progenitores –a tenor de lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil– deben seguir actuando en beneficio de los hijos; por lo que, al carecer estos de ingresos propios y suficientes, el mero hecho de que alcancen la mayoría de edad no puede considerarse suficiente para entender que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que justifique la extinción de la obligación alimenticia. Esto exige que el deber de dar alimentos subsista hasta que los hijos alcancen la capacidad de satisfacer sus propias necesidades, entendida no como la competencia subjetiva para ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes, debiendo mostrar los hijos la debida diligencia en la búsqueda de un trabajo, so pena de perder el derecho a los alimentos –salvo que no hayan terminado aún su formación académica por causas que no les sean imputables.

La SAP Salamanca de 9 de junio de 2014 (EDJ 2014/104382) “considera adecuado extender el mantenimiento de la pensión hasta que el hijo con minusvalía reconocida cumpla treinta y dos años, ya que aquella no debe impedirle trabajar en actividades adecuadas a sus deficiencias”.

9. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

A pesar de que la obligación de dar alimentos a los hijos es uno de los deberes ineludibles de la relación paternofilial, como toda obligación puede ser objeto de extinción, siempre y cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el Código Civil recogidos en sus artículos 150 y 152. Este último establece que cesará la obligación de prestar alimentos por muerte o pobreza del alimentante o cuando el alimentista alcance la independencia económica, incurra en causa de desheredación o muestre falta de aplicación en sus estudios o en el trabajo¹⁷⁶.

Mientras los hijos son menores de edad, la obligación alimenticia existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Al tratarse de una obligación impuesta *ex lege*, no puede aplicarse ninguna de las causas de extinción de la pensión en estos casos, salvo, obviamente, el supuesto de la muerte del alimentista. Por lo tanto, al referirnos a la extinción de la pensión nos limitamos a aquellos supuestos en que los hijos, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, siguen dependiendo económicamente de los padres.

Como ya hemos comentado en repetidas ocasiones, los hijos mayores gozan de un régimen jurídico diferente al de los hijos menores de edad; su ámbito de protección es más reducido, al desaparecer el carácter incondicional de la obligación, por lo que deberá justificarse la necesidad de los alimentos.

Centrándonos ya en este ámbito, hay que señalar que el progenitor que pretenda instar la supresión de la pensión deberá acreditar –a tenor de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil– las nuevas circunstancias que supongan una modificación con respecto a las que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer las medidas cuya extinción ahora se pretende.

¹⁷⁶ Artículo 152: “Cesará también la obligación de dar alimentos: 1.º por muerte del alimentista; 2.º cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia; 3.º cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; 4.º cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación; 5.º cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que modifica el artículo 90 del Código Civil, no cambia la esencia del requisito necesario para instar la modificación, haciendo una aclaración o, más bien, una concreción de las causas que deben concurrir para que prospere la solicitud de extinción de la pensión. Lo que no cambia en ningún caso es la necesidad de que el progenitor inste la modificación de medidas ante un juzgado de familia; siempre y cuando se presente alguno de los supuestos que desarrollamos a continuación.

9.1. Modificación en la atribución de la guarda y custodia

Conforme a lo establecido en los artículos 93, 103.3 y 149 del Código Civil, el cónyuge que no tiene concedida la custodia de los hijos menores –o que no convive con ellos, en caso de que los hijos sean mayores de edad– deberá abonar la pensión alimenticia fijada por la sentencia. Sin embargo, el pago de la pensión deberá ser modificado en caso de que los hijos se trasladen de forma permanente al domicilio del progenitor no custodio –abandonado el del progenitor que, hasta la fecha, tenía atribuida su guarda y custodia–, ya sea por voluntad propia o por un acuerdo entre los padres.

Este nuevo escenario implica que los gastos de manutención, vestido, asistencia médica y educación correrán, a partir de ese momento, por cuenta del progenitor que ahora deviene custodio –que, aunque no tiene atribuida la guarda y custodia de derecho, la ejerce de facto.

La consecuencia de esta nueva situación es que el progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos –de conformidad con el procedimiento regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷⁷– deberá acudir al juez para que suprima dicha

¹⁷⁷ El artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, versa sobre la separación o el divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, y tiene actualmente la siguiente redacción: “1.º Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo.

2.º Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

3.º Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si esta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo

obligación y la modifique a tenor de las nuevas circunstancias; sin olvidar que, para que dicha decisión despliegue plenos efectos jurídicos, deberá quedar plasmada en un convenio regulador firmado por ambos progenitores, que deberá ser convalidado por el juez de familia mediante resolución judicial que homologue el acuerdo –previo traslado al ministerio fiscal– de atribuir la guarda y custodia de los menores al progenitor que hasta el momento no la ejercía. Esta resolución judicial será la que recoja la supresión de la obligación de prestar la pensión de alimentos para el que, hasta entonces, era el deudor de la misma¹⁷⁸.

dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.

4.º Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Secretario judicial que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

5.º Si hubiera hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

6.º Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.

7.º Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

8.º La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de estas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio solo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

9.º La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 775.

10.º Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador.

El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges. Si considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador. El decreto no será recurrible. La modificación del convenio regulador formalizada por el Secretario judicial se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurran los requisitos necesarios para ello”.

¹⁷⁸ La SAP Lleida de 31 de julio de 2002 (EDJ 2002/39368) dicta lo siguiente: “La obligación de la demandada de prestar alimentos no puede tener efectos retroactivos, debiendo satisfacerlos a partir de la

Este cambio de residencia de los hijos puede no ser consensuado, pero las medidas que se recojan en el convenio regulador con respecto a la modificación de la custodia deberán ser aprobadas mediante resolución judicial cuando uno de los progenitores solicite contenciosamente la modificación de las medidas, ya sea por alteración sustancial o incumplimiento de los deberes de la patria potestad, o por desaparición, abandono o muerte del progenitor hasta entonces custodio.

La resolución judicial dictada por el juez, previa audiencia de las partes y del ministerio fiscal, debe recoger la supresión de la obligación de seguir abonando la

sentencia, momento hasta el cual venía satisfaciéndolos su cónyuge. Por otro lado, debe reducirse la cuantía de la pensión a prestar al hijo común en proporción a sus posibilidades económicas y a las del otro alimentante, así como a las necesidades del alimentista”.

La SAP Córdoba de 25 de julio de 2014 (EDJ 2014/176613) acuerda “atribuir la guarda y custodia del hijo menor al padre, dejando sin efecto la pensión de alimentos que en relación con el mismo debía abonar a la madre, y respecto del hijo mayor, como medida cautelar y hasta que se dicte sentencia en el procedimiento de incapacitación, mantener la guarda y custodia de la madre acordada en el convenio regulador, estableciéndose el régimen amplio de visitas a favor del padre. La situación de estabilización personal y familiar del menor aconseja que sea el padre el que ostente su guarda y custodia, por lo que se reduce la obligación del actor de abonar pensión por alimentos. No cabe analizar el cambio de guarda y custodia del hijo mayor de edad, debiendo ser el juez de la incapacitación el que, estableciendo las medidas que más convengan a la protección del incapaz, señale el régimen de guarda y custodia a que ha de quedar sometido hasta que se dicte sentencia en el procedimiento de incapacitación, pues ningún perjuicio va a experimentar manteniéndose bajo la custodia de su madre”.

La SAP Málaga de 9 de octubre de 2014 (EDJ 2014/295618) desestima el recurso de apelación interpuesto por el exesposo y confirma la atribución a la madre de la guarda y custodia de sus hijos, atribuye el uso de la vivienda familiar a los menores y a la madre en cuya compañía quedan estos, y fija la pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de los menores, manifestándose en los siguientes términos con respecto al pago de la pensión: “Declara la Sala que no ha quedado acreditado cambio alguno de las circunstancias subyacentes en el momento del divorcio y hasta la demanda de modificación de medidas, ni tan siquiera se alega algún posible cambio sustancial, siendo doctrina unánime que los cambios propios del mero transcurso del tiempo, como puede ser que los hijos se vayan haciendo mayores, no constituye *per se* cambio de circunstancias”.

La SAP Barcelona de 27 de mayo de 2015 (EDJ 2015/106229) acuerda que ambos progenitores ejerzan la guarda y custodia compartida sobre los menores, considerando que es el sistema que mejor se adapta a las necesidades de todos los miembros de la familia, y el más beneficioso para los hijos. Así, “la vivienda familiar y el ajuar se atribuyen a la madre con el límite temporal de dos años. Cada uno de los progenitores abonará los alimentos de los hijos cuando los tenga consigo, los gastos extraordinarios se abonarán por mitad”.

La SAP Asturias de 10 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/227336) determina que debe atribuirse la guarda y custodia compartida con fundamento en el interés de las menores, y expone lo siguiente: “No puede rechazarse un sistema de guarda y custodia compartida si se tiene en cuenta que la relación con el padre ha sido correcta durante el tiempo en que no han estado conviviendo con él, manifestando también ambas que querían seguir con el sistema de visitas ya ampliado. Lo anterior implica la desaparición de la prestación de alimentos debiendo ambos progenitores cubrir las necesidades de las menores durante el período en que ostenten la custodia”.

La SAP Córdoba de 16 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/217292) resuelve que “[...] la exploración en su momento realizada a los hijos comunes acredita la falta de comunicación de la progenitora con su hija menor cuya custodia reclama –también con el resto de sus hijos–, durante un prolongado período de tiempo, por lo que se considera más conveniente, a fin de conseguir la adecuada protección del beneficio de la menor, interés prevalente en el presente procedimiento, la atribución de su guarda y custodia al progenitor con el que la misma ha venido conviviendo durante todos estos años, manteniéndose la patria potestad compartida. Medida esta que reclama el establecimiento de una pensión, en concepto de alimentos en favor de la menor, a satisfacer por la madre”.

pensión de alimentos para el progenitor que ahora pasa a ostentar la guardia y custodia de los hijos; en consecuencia, y con base en los mismos fundamentos jurídicos, debe imponer, si procede, la obligación de prestar alimentos al progenitor que hasta la fecha había venido ejerciendo la guardia y custodia. Para establecer la nueva cuantía de la pensión de alimentos será indispensable recurrir al criterio de proporcionalidad establecido en el artículo 146 del Código Civil.

9.2. Mayoría de edad e independencia económica de los hijos

La mayoría de edad, como ya hemos indicado, no conlleva de modo automático la extinción de la pensión alimenticia; pues la realidad social demuestra que los hijos, aun después de haber alcanzado la mayoría de edad y una vez extinguida la patria potestad, continúan dependiendo económicamente de sus padres como consecuencia de la enorme dificultad que encuentran para acceder al mercado de trabajo y obtener unos ingresos que les permitan llevar una vida independiente de sus progenitores.

Hoy en día, la formación académica de los hijos se ha prolongado de forma ostensible y continúa muchos años después de que hayan cumplido la mayoría de edad. Por ello, y desde la perspectiva de la modificación de medidas, para poder solicitar la supresión de la pensión alimenticia de los hijos no basta con que estos hayan alcanzado la mayoría de edad, sino que también es necesario que concurra alguna de las causas previstas en los artículos 150 y 152 del Código Civil.

Una vez extinguida la pensión de alimentos del hijo tal y como había sido establecida en el procedimiento derivado del conflicto entre sus padres, este solo estará legitimado posteriormente para solicitar alimentos a ambos progenitores –siempre y cuando considere que tiene derecho a una pensión alimenticia– acudiendo al procedimiento específico de reclamación de alimentos entre parientes.

La jurisprudencia de las audiencias provinciales¹⁷⁹ suele mostrarse casi unánime cuando se plantea esta cuestión de forma genérica; sin embargo las discrepancias surgen

¹⁷⁹ La SAP Almería de 13 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/401716) resuelve: “Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la actora, revoca en parte la misma y estima parcialmente la demanda. La sala, entre otros, suprime la pensión por alimentos a favor de la hija que ha cumplido 22 años de edad, y consta acreditado que tiene pareja estable, siendo también un hecho constatado que ha venido desempeñando trabajos durante un determinado tiempo, por lo que ha accedido al mercado laboral, aunque sea en forma precaria, sin perjuicio de que, como otras muchas personas en los tiempos actuales, pueda verse abocada a una

al aplicar la norma a supuestos concretos. Así, se entiende que los padres tienen el deber de prestar asistencia a los hijos y que tal obligación solo finalizará para el progenitor alimentista si, coincidiendo con su mayoría de edad, el hijo sale efectivamente de la patria potestad conforme a lo establecido en el artículo 154 del Código Civil, es decir, que disponga de un trabajo estable y remunerado que garantice su independencia económica.

Existen pronunciamientos que se muestran más flexibles en la interpretación de la cláusula de la independencia económica, considerando suficiente para suprimir la

situación de desempleo, por lo que ha de considerarse suprimida la obligación para con ella de su padre de prestarle alimento”.

La SAP Málaga de 30 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/374774) se manifiesta en los siguientes términos: “Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda de modificación de medidas, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y confirma la misma. Se confirma la extinción del derecho alimenticio a favor del hijo, pues tiene veinticinco años y desde los diecisiete está trabajando en la construcción. Frente a ello no cabe oponer una situación de paro que no está acreditada, es meramente transitoria, pues el hijo, desde hace ya tiempo está plenamente incorporado al mercado de trabajo, como revela la hoja de vida laboral. El hecho de continuar en período de formación, dudoso, pues solo se ha aportado una solicitud de matrícula, para obtener el graduado escolar, pero no el documento que acredite su formalización, además se solicita una vez presentada la demanda de modificación y en horario nocturno, a fin de no obstaculizar su actividad laboral, y sin aportar aprovechamiento académico. De lo que cabe concluir que las circunstancias que actualmente concurren respecto del hijo son sustancialmente distintas respecto de las existentes al tiempo del divorcio, pues no solo ha alcanzado la mayoría de edad sino que además desde hace tiempo viene incorporado de forma regular al mercado de trabajo, por lo que obtiene los correspondientes ingresos, por ende ha alcanzado independencia respecto de sus progenitores”.

La SAP Valencia de 5 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/330346) acuerda “no declarar extinguida la pensión de alimentos del hijo mayor de edad, toda vez que no ha alcanzado la independencia económica. El hijo acaba de alcanzar la mayoría de edad y ha trabajado como repartidor de pizzas, por un corto período de tiempo, que no excluye el concepto de necesidad. Pese a la mayoría de edad alcanzada por el hijo, no se aprecia una alteración sustancial de las circunstancias que sirvieron para regular las relaciones económicas de los cónyuges en el convenio regulador de la separación judicial. En consecuencia, se mantiene dicha pensión con las debidas actualizaciones”.

La SAP Badajoz de 15 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248067) estima que “procede la extinción de la pensión de alimentos de los hijos, pues se conocen las retribuciones que perciben en los puestos de trabajo. No son cuantiosas, pero se aproximan al importe del subsidio por desempleo, como retribución de subsistencia. Además, los hijos gozan de un domicilio de residencia habitual gratuito. Todo ello unido a las circunstancias económicas que afectan al país, hundido en un período de depresión económica”.

La SAP Madrid de 8 de julio de 2013 (EDJ 2013/145501) acuerda “la extinción de la pensión de alimentos para uno de los hijos mayores de edad así como no mantener la pensión compensatoria a favor de la esposa. El hijo mayor de edad está en disposición de generar alimentos, dada su edad, no encontrándose en período de formación y pudiendo incorporarse al mercado laboral, lo cual supone la extinción del derecho a la pensión de alimentos. No existe motivo para establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa, al no existir desequilibrio, dada su incorporación al mercado laboral y su situación e ingresos”.

La SAP Santa Cruz de Tenerife de 31 de marzo de 2014 (EDJ 2014/195675) confirma la supresión de la pensión alimenticia “de la hija mayor de edad de los litigantes, al rechazar el recurso de apelación interpuesto por la esposa, al no resultar procedente la imposición de alimentos al padre, por encontrarse desempleado, además de que la hija no está formándose o instruyéndose”.

La SAP Málaga de 26 de marzo de 2014 (EDJ 2014/202326) declara extinguida la obligación de abonar la pensión alimenticia para el hijo “por haber traspasado con creces los límites de la mayoría de edad y no existir fluidez en la relación con su alimentante, correspondiendo a la madre demostrar la ineludibilidad de la situación de dependencia del alimentista que no puede pretender perpetuarse respecto al padre”.

pensión que, a los requisitos objetivos de alcanzar la mayoría de edad y haber abandonado los estudios, se añada algún otro elemento, como que el hijo haya comenzado a trabajar, aunque sea eventualmente, tal y como puso de manifiesto la SAP Madrid de 29 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/249978): “Estima la sala parcialmente el recurso, confirmando la extinción de las pensiones alimenticias al ser los hijos mayores de edad, no constando que cursen estudios y habiendo hecho incursiones en el mundo laboral”.

La SAP Barcelona de 4 de mayo de 2010 (EDJ 2010/151366) señala, con respecto a la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, que para “su extinción no basta con su simple ingreso en el mercado laboral si se demuestra que no tienen capacidad para atender a su sostenimiento, lo que se constata en el caso enjuiciado, en el que los ingresos de la hija de los litigantes no son suficientes para subvenir a todas sus necesidades alimenticias”.

Como ya hemos comentado, la jurisprudencia también considera justificada la extinción de la pensión alimenticia para aquellos casos en que el alimentista –no habiendo adquirido la formación suficiente como para acudir al mercado de trabajo y obtener un puesto que pueda proporcionarle la independencia económica respecto de su padres– no haya acreditado la diligencia necesaria en el desarrollo de sus estudios, o bien que, habiéndolos finalizado, no muestre interés alguno por encontrar un trabajo. En este sentido se han manifestado la SAP Granada de 22 de julio de 2011 (EDJ 2011/224207), la SAP Madrid de 13 de mayo de 2010 (EDJ 2010/183097) y la SAP Madrid de 8 de julio de 2013 (EDJ 2013/145501).

Ahora bien, para que la cuestión que nos ocupa pueda interpretarse como una alteración de las circunstancias es necesario que la incorporación al nuevo empleo se produzca con unas mínimas garantías de estabilidad; por lo tanto, no parece muy viable solicitar la extinción de la pensión alimenticia cuando el hijo ha accedido a un puesto de trabajo precario o temporal, situación que, por desgracia, suele producirse con mucha frecuencia entre los jóvenes actualmente¹⁸⁰.

¹⁸⁰ La SAP Madrid de 13 de mayo de 2010 (EDJ 2010/183097) señala, “conforme con lo que dispone la jurisprudencia, que para determinar la procedencia o no de los alimentos del hijo mayor de edad ha de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, sin que pueda establecerse una doctrina general al respecto. Sosteniendo que ha cesado el fundamento de la pensión de alimentos pactada, dado que el hijo cuenta no solo con titulación que le permite obtener sus propios medios económicos, sino que ciertamente se encuentra incorporado al mercado laboral”.

Incorporarse al mundo laboral no resulta sencillo; además, durante los primeros años de trabajo suelen firmarse contratos a tiempo parcial o temporales, por lo que es habitual que los jóvenes tarden cierto tiempo en obtener unos ingresos anuales que les permitan cubrir sus propias necesidades. Esta primera fase, caracterizada por la obtención de ingresos más bien escasos pero en la que se va adquiriendo una experiencia laboral imprescindible para que, en el futuro, aumenten las posibilidades de acceder a un empleo mejor, es ineludible; por lo que quizá podría plantearse la limitación temporal de la pensión como una solución intermedia, en lugar de su supresión.

Por otra parte, como ya hemos puesto de manifiesto, la dificultad para volver a acceder al mercado de trabajo después de haber perdido el empleo es cada vez mayor para las personas que superan los 45 años. Precisamente por su edad, serán estas las que, más probablemente, deban abonar pensiones alimenticias; por lo que podrían darse situaciones en que progenitor e hijo encuentren idéntica dificultad para acceder al mercado laboral.

Es evidente que si alimentante y alimentista tuviesen la misma capacidad, las mismas posibilidades y las mismas aptitudes para generar recursos económicos, o ambos sufriesen el mismo nivel de precariedad, nos encontraríamos ante un supuesto en el que claramente procedería la extinción de la pensión.

La SAP Asturias de 22 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/217076) estima el recurso de apelación interpuesto por el esposo divorciado demandante contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda de modificación de medidas, revoca la misma, y en su virtud estima la demanda y declara la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad. “La demandada reconoce en la contestación a la demanda que el documento aportado de adverso ha sido firmado por su hijo. Ello conduce, sin necesidad de ratificación por su autor, a tener por cierta la voluntad expresada por aquel de consentir la extinción de la pensión alimenticia, al haber pasado a trabajar y gozar de ingresos propios”.

La SAP Cantabria de 8 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/385050) acuerda declarar la extinción de la obligación del padre de prestar la pensión alimenticia a favor de su hija mayor de edad “al haber quedado acreditada [su] incorporación al mercado laboral, dotándola de independencia económica”.

La SAP Murcia de 11 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/293726) desestima el recurso de apelación interpuesto por madre e hijo y declara la extinción de la pensión de alimentos a que estaba obligado el padre: “El demandado accedió al mercado laboral, por lo que se considera suficiente para el cese de la dotación de alimentos, sin que el hecho de que se encuentre en situación de incapacidad temporal sea obstáculo para dicha consideración. Se excluye del derecho de alimentos a los que ejerzan un oficio, profesión o industria y a los que puedan ejercerla como una posibilidad concreta y eficaz en relación a las circunstancias”.

La SAP Baleares de 10 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/314556) “estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, concluyendo que sí procede la extinción del uso y disfrute del que constituyó el domicilio familiar, pues en la actualidad la hija ya es mayor de edad y, además, se halla incorporada al mundo laboral, por ello también debe extinguirse la pensión de alimentos. Respecto a la demandada, percibe retribuciones salariales desde hace años, por tanto, no existe motivo que justifique que se deba mantener el uso y disfrute del que constituyó el domicilio familiar”.

En la actualidad, a pesar de que estamos viviendo una ligera recuperación económica, los contratos temporales siguen siendo mayoritarios entre los jóvenes – empleos de fines de semana, por horas, de temporada, etc.–, lo que les impide reunir las condiciones de regularidad y estabilidad necesarias para considerar que sus ingresos son suficientes como para sufragar sus gastos de subsistencia, lo que, en consecuencia, no permite suprimir la pensión alimenticia que perciben.

En iguales condiciones se plantea la cuestión referida a la posibilidad de instar la modificación de las medidas en aquellos supuestos en que, siendo los hijos mayores de edad, no demuestran el mínimo grado de aprovechamiento exigible, lo que suele resolverse de dos modos: en ocasiones, se opta por limitar la duración de la pensión a un tiempo determinado y, en los casos más flagrantes, se aprueba la extinción de la pensión¹⁸¹.

Y es que, como hemos venido defendiendo, se trata de evitar la prolongación indefinida de la pensión alimenticia, se deba a la voluntad del hijo mayor de edad, o a su simple apatía, desgana o vagancia, lo que, en cualquier caso, va en claro detrimento del progenitor obligado al pago. Por este motivo, en muchas ocasiones resulta imprescindible acotar en el tiempo la obligación de la prestación alimenticia, lo que encuentra apoyo en los artículos 142, 146 y 152 del Código Civil¹⁸².

¹⁸¹ En este sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de junio de 2012 (EDJ 2012/242940) mantiene que “la pensión alimenticia en pro de los hijos mayores no ha de quedar sometida, en orden a su pervivencia, a los solos requisitos de convivencia en el hogar familiar y falta de autonomía económica, pues ello podría derivar en una cómoda postura del alimentista, que, amparadas sus necesidades básicas, no se esfuerza en lograr por sí mismo recursos pecuniarios, como inherentes a una actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, o no pone tampoco especial empeño en culminar su formación académica o profesional, como elemento básico de su devenir laboral. [Por ello, considera] la razonabilidad y procedencia de la fijación prudencial de límites temporales en evitación de nuevos litigios”.

En esta misma línea se sitúa la SAP Soria de 3 de marzo de 2010 (EDJ 2010/50436), que considera fundamental “crear en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente, y si el mayor de edad estima que transcurrido este tiempo se le deben seguir prestando deberá documentar y acreditar un óptimo rendimiento para que se le pueda aplicar la referencia del artículo 142 del Código Civil”. Similar razonamiento realiza la SAP Asturias de 9 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/300995), que señala, además, que “alcanzada cierta edad no resulta razonable mantener indefinido en el tiempo el derecho a la pensión, pues la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad no puede prolongarse indefinidamente en función solo de los deseos del hijo en la ampliación de su formación”. En los mismos términos se pronuncia la SAP Granada de 3 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/363606).

¹⁸² En este sentido, podemos citar una serie de sentencias referidas a hijos mayores de edad que han terminado sus estudios y no encuentran trabajo por su desidia, o que han dejado de estudiar y no muestran interés por incorporarse al mercado laboral; en todas ellas se acuerda la extinción de la pensión. La única diferencia existente entre unos casos y otros es la edad de los hijos. La SAP Badajoz de 29 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/195257); la SAP Badajoz de 29 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/105095); la SAP Sevilla de 3 de junio de 2016 (EDJ 2016/178195) –que estudia el caso de dos hijos de 22 y 23 años–; la

No obstante, conviene recordar que, incluso en el supuesto de que los hijos mayores de edad muestren una actitud positiva en sus estudios, puede darse el caso de que la posición del progenitor sea tan precaria que no le permita atender sus propias necesidades; estaríamos entonces ante una causa de extinción de la pensión, pues el artículo 152.2 del Código Civil prevé el cese de la obligación de dar alimentos “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.

Por último, cabe señalar que será el progenitor que alegue la alteración de las circunstancias para solicitar la supresión de la pensión quien deberá asumir la carga de la prueba.

Las resoluciones de las audiencias¹⁸³ son pacíficas a la hora de determinar los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para solicitar la extinción de la pensión de alimentos, que se resumen en:

1.º el tiempo transcurrido desde que se fijaron los alimentos y la fecha en que se solicita la modificación de la pensión, con el consiguiente aumento de edad del alimentista;

2.º la dedicación a los estudios por parte del alimentista;

3.º los intentos reales del alimentista por introducirse en el mercado laboral;

4.º las condiciones en que ha estado trabajando; si ha realizado, como suele ser habitual, diversos trabajos temporales de escasa duración;

5.º su modo de vida, si permite presumir que disfruta de otros ingresos aparte de la pensión alimenticia, si la cuantía de esta no justifica dicho nivel de vida.

9.3. Abandono del domicilio familiar por parte de los hijos

La marcha definitiva del hijo del que fue domicilio familiar es una circunstancia que se producirá con el paso del tiempo y que conllevará la extinción de la pensión alimenticia, con arreglo a los requisitos exigidos por el Código Civil. Resulta obvio que si un hijo

SAP Badajoz de 3 de febrero de 2016 (EDJ 2016/8463), en la que “las hijas cuentan con 29 y 30 años y son ya licenciadas en Historia e Historia del Arte y han demostrado total desinterés por encontrar una ocupación, [por lo] que su eventual situación de necesidad es voluntaria, resultado de su propia desidia”, y la SAP Badajoz de 30 de abril de 2014 (EDJ 2014/83536), sobre una hija de 27 años.

¹⁸³ Pueden citarse, entre otras, la SAP Cáceres de 29 de junio de 2011 (EDJ 2011/153916), la SAP Valladolid de 9 de julio de 2010 (EDJ 2010/158265), la SAP Asturias de 12 de junio de 2012 (EDJ 2012/145406) y la SAP Guadalajara de 30 de septiembre de 2015 (EDJ 2015/186405).

deja de vivir con sus padres es porque tiene una capacidad económica suficiente como para atender sus propias necesidades. Carecería de sentido que pretendiese, en el ejercicio de la propia libertad, tener una vida independiente mientras sigue bajo el acogimiento y el mantenimiento del entorno familiar.

Una vez más, la cuestión litigiosa va a venir dada por la valoración subjetiva que, de cada caso concreto, hagan los juzgados y tribunales, que deberán valorar si se ha producido la emancipación del hijo, lo que supondría una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia que dio lugar a la fijación de la pensión¹⁸⁴.

De esta manera, una vez que el hijo decide dar el paso y emanciparse, es necesario que se produzcan determinadas circunstancias —que sufra reveses de la fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar, etc.— para que surja de nuevo la obligación de prestarle alimentos. Esta es la línea que sigue, en definitiva, el Tribunal Supremo, que en su STS sala 1ª de 23 de febrero de 2000 (EDJ 2000/891) señala que, para determinar las necesidades reales del hijo mayor de edad, este ha de demostrar “que su nueva vida está desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo una incapacidad permanente, total o parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual”.

¹⁸⁴ La SAP Alicante de 1 de febrero de 2013 (EDJ 2013/97756) se manifiesta en los siguientes términos: “La esposa demandante obtuvo la supresión de la pensión de alimentos establecida en favor de sus hijos mayores de edad. Por el demandado se interpone recurso de apelación. En cuanto a la alegada falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandados los hijos, la Audiencia Provincial señala que el cónyuge a cuyo cargo quedaron los hijos es el único pasivamente legitimado para soportar las acciones deducidas, pues la ley le habilita para su representación aunque aquellos hayan alcanzado la mayoría de edad. En cuanto al fondo, se desestima también el recurso, puesto que los hijos de los litigantes ya no conviven con el padre, por lo que está justificada la supresión de la pensión”.

La SAP Cáceres de 29 de octubre de 2012 (EDJ 2012/274080) acuerda “la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor. El uso de la vivienda familiar a favor de la esposa debe cesar al haber transcurrido un lapso temporal notablemente extenso durante el cual, sin la existencia de hijos que convivieran en el domicilio familiar, la demandada ha gozado del uso y disfrute. Para la extinción de la prestación alimenticia es suficiente que se ostente una aptitud real para ejercer un oficio, profesión o industria, aptitud que concurre en el hijo mayor, tanto por haber contraído matrimonio, como por su edad”.

La SAP Málaga de 31 de enero de 2012 (EDJ 2012/215173) considera que “ha habido una alteración sustancial de las circunstancias, dado que los hijos no conviven en el domicilio materno, viven fuera de España y los dos han encontrado trabajo, por lo que gozan de autonomía económica, en consecuencia no es de recibo mantener dicha pensión alimenticia”.

La SAP A Coruña de 31 de marzo de 2014 (EDJ 2014/136297) “declara la extinción de la pensión alimenticia a favor de la hija desde la fecha en que esta contrajo matrimonio. La causa extintiva de la obligación alimenticia se ha producido de modo indubitado, por el hecho de haber contraído la hija matrimonio, y con anterioridad a la presentación de la demanda”.

Señala el magistrado Pérez Martín¹⁸⁵ que, ante la no convivencia en el domicilio familiar de los hijos mayores de edad, pueden plantearse dos posturas contrapuestas. Por una parte, puede producirse la extinción de la pensión alimenticia, lo que tendría su base en el apartado 2.º del artículo 93 del Código Civil, que únicamente establece que se fije pensión alimenticia a favor de los hijos que conviven en el domicilio familiar. Si en el momento de la ruptura los hijos no convivieran en el domicilio familiar, no podría fijarse una pensión alimenticia a su favor; de esta manera, el cese de la convivencia colocaría a los mayores de edad en esta misma situación. En este caso, para solicitar los alimentos, los hijos mayores de edad tendrían que reclamarlos mediante el correspondiente procedimiento de alimentos entre parientes; además, hay que tener en cuenta que la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia del resto de hijos que continúa conviviendo en el domicilio familiar no puede hacerse de manera proporcional, por lo que, para fijar la nueva cuantía de la pensión de alimentos, habrán de valorarse nuevamente las necesidades de cada uno de los hijos y la capacidad del progenitor.

Sin embargo, por otra parte, el cese de la convivencia podría no afectar a la pensión alimenticia si entendemos que el factor de convivencia en el domicilio familiar para la concesión de una pensión alimenticia a los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial es únicamente un requisito procesal, por lo que la pensión alimenticia concedida solo podrá extinguirse por las causas previstas en los artículos 150 y 152 del Código Civil.

¹⁸⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia: La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, tomo IV, Madrid, Lex Nova, 2014, pp. 558-624.

10. SOLUCIONES PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA¹⁸⁶

10.1. Marco legal de las reclamaciones por incumplimiento

El incumplimiento de las obligaciones del progenitor respecto de sus hijos se produce, generalmente, como consecuencia de la ruptura familiar, y tiene su origen en el auto de medidas provisionales o la sentencia que reconoce el derecho de los hijos a recibir una pensión alimenticia dictados durante el procedimiento de separación, divorcio, medidas paternofiliales o modificación de las medidas fijadas con anterioridad. Es a partir de ese momento, una vez reconocido el derecho de los hijos a percibir la pensión, cuando el progenitor obligado al pago puede incurrir en un incumplimiento de la resolución judicial, lo que dará lugar a la reclamación de las pensiones mediante el procedimiento de ejecución previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Consejo General del Poder Judicial viene elaborando, desde 1995, unas estadísticas anuales sobre el número de procedimientos judiciales que, en lo que a

¹⁸⁶ Para la elaboración de este capítulo hemos recurrido a las siguientes fuentes: BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de la pareja*, Madrid, Colex, 1998, pp. 51-54; BUSTOS MORENO, Yolanda B., *El mantenimiento de la familia en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit.; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “Alimentos a cargo de los abuelos por insolvencia de los padres”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 4, 2014, pp. 120-128; id., “Pensión de alimentos a favor de los hijos y situación de desempleo del alimentante”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 1, 2014, pp. 66-74; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Las parejas no casadas”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia: Los regímenes económicos matrimoniales*, vol. 4, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 641-840; FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Guarda, custodia y pensiones derivadas de los procedimientos matrimoniales en favor de los hijos”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014, pp. 21-28; GARCIA ORTEGA, Jesús, “El fondo de garantía de pensiones de alimentos”, en José Ramón de Verda y Beamonte (coord.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 261-269; LÁZARO PALAU, Carmen María, “Delito de impago de pensiones. Una propuesta para la mejora de su tipificación”, *Diario La Ley*, núm. 7150, 2009; LÓPEZ JIMÉNEZ, David, “El deber de alimentos como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 34, 2007, pp. 61-77; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; y PÉREZ RUFÍAN, Laura, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, op. cit.; REYES GALLUR, Juan José, “El delito de impago de pensiones”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 1, octubre, 1998, pp. 37-50; SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores, “La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador: cuestiones polémicas y soluciones”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 64, 2014, pp. 25-88; TORRERO MUÑOZ, Magdalena, *Las crisis familiares en la jurisprudencia: Criterios para una mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica del Derecho, 1999, pp. 21 y ss.

nuestra materia se refiere, recogen las sentencias dictadas en el ámbito de los procedimientos relativos a separaciones, divorcios y nulidades matrimoniales, sin embargo, no dejan constancia de en cuántos de ellos se reclaman pensiones de alimentos o se solicita su modificación¹⁸⁷. Es evidente, por tanto, que faltan estadísticas concretas extensibles a todo el territorio nacional que nos permitan conocer el dato real del número de procedimientos judiciales que versan sobre la pensión alimenticia de los hijos. En este apartado debemos señalar que no siempre existe correlación entre la realidad cotidiana de los impagos y las reclamaciones judiciales. Los motivos del incumplimiento del deudor son o bien la ausencia de voluntad de abonar las pensiones, o bien la falta de capacidad para cumplir con ellas por una situación de insolvencia que impida hacer frente al pago de las mismas.

Ante situaciones de impago, la reclamación de los alimentos se llevará a cabo según lo establecido en el artículo 748.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que especifica en qué procedimientos serán de aplicación las normas contenidas en el

¹⁸⁷ El Consejo General del Poder Judicial no individualiza los procedimientos en que se reclaman pensiones alimenticias o se solicita su modificación, por lo que no es posible conocer el número concreto de procedimientos –ya sean de mutuo acuerdo o contenciosos– en los que, de una manera u otra, se litiga sobre esta cuestión. A efectos meramente ilustrativos, podemos decir que en el primer trimestre de 2016 las demandas de disolución matrimonial –separaciones y divorcios– habían descendido un 13,2 % respecto del mismo periodo del año anterior, siendo Cataluña y la Comunidad Valenciana las comunidades autónomas con mayor tasa de rupturas matrimoniales, según se desprende de los datos publicados por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, que cifra en 28.728 las demandas de divorcio registradas entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2016, lo que supone una disminución del 13 % respecto de las 33.015 que se presentaron en el primer trimestre del año anterior.

Del total de demandas de divorcio, 17.035 fueron de mutuo acuerdo, lo que representa una disminución interanual del 13,1 %; las otras 11.693 fueron contenciosas, un 12,9 % menos que en 2015.

Por su parte, las demandas de separación bajaron un 17,8 % en el primer trimestre del año, al pasar de las 1.818 de 2015 a las 1.495 actuales. De ellas, 1.017 fueron consensuadas, con una disminución interanual del 19,7 %, y 478 contenciosas, un 13,4 % menos.

Por último, el número de demandas de nulidad registradas en los tres primeros meses del año fue de 35, frente a las 56 que se presentaron en el mismo periodo de 2015.

Por comunidades autónomas, Cataluña y la Comunidad Valenciana fueron las que registraron un mayor número de demandas de disolución por cada mil habitantes (0,74), seguidas de Canarias (0,69), Asturias, Islas Baleares y Murcia (las tres con 0,68) y Andalucía (0,66), todas ellas por encima de la media nacional, que es de 0,65. En el otro extremo se encuentran las comunidades de Castilla y León (0,49), Cantabria (0,54), La Rioja (0,56) y Navarra (0,57).

En el primer trimestre del año también se registró una disminución interanual tanto de los procedimientos de modificación de medidas en procesos de separación y divorcio como de los de guardia, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales. Así, en el primer trimestre del año 2016 se iniciaron 2.455 procedimientos de modificación de medidas consensuadas, un 1,1 % menos que en el mismo periodo del año anterior. Las 8.551 demandas de modificación de medidas no consensuadas suponen una disminución interanual del 3,7 %. En lo que respecta a los procedimientos de guardia, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales, se han registrado 4.466 demandas de modificación de medidas consensuadas, un 5,5 % menos que en el primer trimestre de 2015, y 6.843 demandas de modificación de medidas no consensuadas, lo que representa una disminución interanual del 7,3 %. Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe estadístico periódico*, op. cit.

Título I de su Libro IV, que versa sobre procesos especiales relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores, y expresamente menciona los procesos “sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

En el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan las medidas cautelares que han de adoptarse mientras dure el procedimiento por el que se impugna la filiación; lo mismo sucederá en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, en los que el juez deberá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado.

El juez competente para conocer de los procedimientos judiciales sobre reclamación de alimentos, “por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, es el de primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el correspondiente al domicilio del demandado o a la residencia del menor.

En cuanto al ministerio fiscal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá intervenir en aquellos casos en que se formulen reclamaciones de alimentos en favor de hijos menores de edad por parte de un progenitor contra el otro, lo que encuentra amparo en el artículo 4.1 del Código Civil, dada la identidad de razón existente entre los supuestos de hecho, y en la medida en que el fiscal, en el ámbito funcional que le es propio, estaría actuando en ambos tipos de procedimiento en defensa de los mismos intereses.

En el proceso civil, la intervención del fiscal también es necesaria cuando la acción es ejercitada por un tercero que ostenta la representación legal de los menores frente a ambos progenitores; es decir, en aquellos supuestos en que la tutela es ejercida por instituciones jurídicas de protección de menores. Sin embargo, independientemente de quién ejercite la acción u ostente la tutela, en los procedimientos de alimentos que afecten a menores, corresponde al fiscal proteger sus intereses en el ámbito judicial, de conformidad con lo estipulado en el artículo 174 del Código Civil, si bien las acciones legales para procurar alimentos al menor estarán amparadas por los artículos 173 y 267 del Código Civil.

Como ya hemos comentado en otros apartados, el artículo 148 del Código Civil distingue entre el nacimiento de la exigibilidad del derecho a los alimentos y el inicio del ejercicio de este derecho, que obliga al alimentante al efectivo cumplimiento de su débito; así, se establece que, mientras que los alimentos se pueden exigir desde que los necesitare para subsistir quien tenga derecho a percibirlos, no deberán abonarse sino desde la fecha en que se interponga la demanda, según se desprende del párrafo 1.º del mencionado artículo 148 del Código Civil, cuestión que ha quedado definitivamente resuelta con las STS sala 1ª de 14 de junio de 2011 (EDJ 2011/113789), STS sala 1ª de 26 de marzo de 2014 (EDJ 2014/42773), STS sala 1ª de 19 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/222758) y STS sala 1ª de 15 de junio de 2015 (EDJ 2015/105434), en virtud de las cuales “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”, lo que nos lleva a la conclusión de que para que un deudor pueda infringir la obligación legal de alimentos es necesario que el acreedor exija su derecho; de modo que el incumplimiento de la obligación solo podrá tener lugar desde la interposición de la demanda.

Cuando nos referimos al incumplimiento, hay que tener en cuenta que solo puede producirse por dos causas, en las que profundizaremos a continuación: la falta de voluntad del deudor y la insolvencia del mismo.

La intencionalidad del deudor es un parámetro que, salvo que sea expresamente manifestada por él, no puede objetivarse. Esto no impide admitir que existen ciertos datos o actuaciones del deudor que demuestran su firme voluntad de evitar el pago, como pueden ser que pase a estar en situación de desempleo por solicitar la baja voluntaria, la fulgurante desaparición de todos sus bienes y recursos, etc. Todo ello constituye un claro exponente de una voluntad deliberadamente beligerante. Estas situaciones suelen ser consecuencia, en gran medida, de las relaciones conflictivas entre los progenitores, convirtiéndose el impago en un arma arrojadiza dirigida contra el progenitor que administra las pensiones, aunque los

perjudicados en última instancia sean los hijos, verdaderos acreedores del pago de dichas pensiones.

Esta reflexión nos lleva al firme convencimiento de que, a pesar de las múltiples soluciones previstas para evitar la morosidad en el pago de las pensiones alimenticias de los hijos, los mecanismos dispuestos por nuestro ordenamiento resultan completamente ineficaces como consecuencia de su inaplicación o de la falta de agilidad y eficacia al ponerlos en práctica.

La legislación nos ha provisto de las herramientas necesarias para inculcar el cumplimiento de las obligaciones alimenticias o, en su caso, para perseguir los incumplimientos, no solo desde la perspectiva de los acuerdos entre las partes sino también desde el punto de vista coercitivo o punitivo, que tiende a sancionar estos incumplimientos. Sin embargo, la falta de agilidad de la justicia ha desvirtuado sin duda su eficacia; pues corresponde al legislador motivar esa voluntad no solo mediante la amenaza de sanciones, sino también dotando a los juzgados de los medios adecuados para que puedan ejecutar las medidas con la rapidez suficiente para que las pensiones cumplan su finalidad, que no es otra que cubrir las necesidades diarias de los hijos.

La incapacidad económica para hacer frente a las pensiones convierte al progenitor obligado al pago en un irresponsable material. En general, no se admite como causa de exoneración del pago de la prestación alimenticia la pretendida insolvencia económica del obligado en un momento determinado.

Como hemos venido poniendo de manifiesto, si el deudor está en edad productiva y no padece limitación sensorial o funcional alguna que le incapacite para el trabajo, está obligado a procurarse los recursos económicos que le permitan satisfacer las necesidades de los hijos sujetos a la patria potestad. El soporte legal se encuentra en el artículo 93 del Código Civil, que se muestra taxativo al sostener que “el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos”; por lo que la existencia de la obligación no queda condicionada en ningún caso –aunque sí se limite su cuantía– a la situación económica del deudor, que quedará igualmente obligado salvo que carezca de medios y se encuentre por debajo del denominado “mínimo vital”.

Como ya hemos expuesto, son varios los factores que pueden incidir en la insolvencia del obligado, pero ninguno de ellos puede considerarse determinante para eximirle del pago de la pensión. Así, ni la creación de un nuevo núcleo familiar, ni el pago o la compensación de otros gastos de los hijos, ni los escasos ingresos, ni el desempleo o la precariedad del trabajo justifican el cese de la obligación, salvo aquellos supuestos ya analizados en apartados anteriores en los que los ingresos del progenitor deudor no alcanzan siquiera para cubrir el mínimo vital.

Es evidente que, cuando se dicta la primera sentencia que fija la pensión de alimentos, ambos progenitores conocen la situación económica del grupo familiar; sin embargo, posteriormente, resulta costoso y difícil saber cuál es la verdadera situación de cada uno de los progenitores.

Es, por tanto, en las situaciones en que los progenitores pierden el contacto familiar donde hay que enmarcar los casos de falsas insolvencias y de aumento de la economía sumergida, que tienen por objetivo evitar que los ingresos reales se reflejen en la declaración de la renta.

Surge, en este contexto, un mundo laboral ficticio en el que se pactan despidos procedentes para encubrir un cambio de empresa, en el que se producen rebajas voluntarias de sueldos o se declara ausencia de clientes en el caso de los profesionales liberales; en definitiva, todo un abanico de posibilidades preparadas con astucia y picaresca por el progenitor deudor con el fin de colocarse en una aparente situación de insolvencia. Esto constituye uno de los principales problemas en el ámbito del derecho de familia, pues el progenitor trata de eludir las obligaciones libremente asumidas en relación con los hijos y perjudica su manutención al hacer que sus ingresos sean difíciles de concretar cuando, en muchas ocasiones, es notorio que goza de una situación económica desahogada.

10.2. Mecanismos previstos en el ordenamiento para garantizar el cobro de las pensiones

Los mecanismos previstos en el ordenamiento para garantizar el cobro de las pensiones en caso de incumplimiento de la obligación de abonarlas por parte del deudor pueden agruparse en soluciones extrajudiciales y soluciones judiciales, como veremos a continuación.

10.2.1. Soluciones extrajudiciales

En lo que se refiere a las soluciones extrajudiciales, podemos citar dos medidas fundamentales: la mediación como mecanismo de evitación y solución de conflictos, y la provisión de un fondo de garantía para hacer frente al pago de los alimentos.

a) La mediación

La mediación es un proceso mediante el cual la pareja que ha decidido romper su unión trata de resolver los aspectos relativos a su ruptura con la ayuda de un tercero.

Esta intervención debe tener en cuenta los intereses de los hijos y de cada uno de los progenitores, de manera que debe ser la pareja, y no el mediador, la que encuentre y acuerde la solución más adecuada a las distintas cuestiones sobre las que inicialmente no existía consenso, buscando así “su forma de resolverlas”.

El proceso de mediación consta de varias etapas diferenciadas. En primer lugar, el mediador debe evaluar la posibilidad de aplicar este mecanismo; pues no todas las situaciones de crisis pueden ser objeto de mediación, ni todas las personas son susceptibles de participar en ella.

La mediación es una institución compleja aplicable a diferentes ámbitos, que constituye un método de resolución de conflictos a través de la intervención de una tercera persona imparcial y experta, previamente solicitada y aceptada por las partes, a iniciativa propia o por indicación de una autoridad judicial o administrativa, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la consecución por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

En el ámbito de la Unión Europea, la mediación familiar se ha constituido como un sistema eficaz para resolver los conflictos familiares, es aplicada en los países con políticas sociales más desarrolladas y se ha visto impulsada, como solución alternativa a la vía judicial, por la Recomendación n.º R (98) 1, de 21 de enero de 1998 (EDL 1998/50138).

El artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (EDL 2008/48365) define la mediación como “un

procedimiento estructurado [...] en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”.

El artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (EDL 2012/130653) entiende por mediación “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

De la misma manera, las distintas disposiciones legales de las comunidades autónomas ofrecen sus respectivas definiciones. En este sentido, podemos matizar que, en su mayoría, se trata de leyes de mediación familiar, mientras que Cataluña y Cantabria cuentan con una ley de mediación genérica en el ámbito del derecho privado.

La mediación, por tanto, se concibe como una forma pacífica de resolución de problemas basada en la ausencia de enfrentamiento entre las partes, que, en relación con la regulación de los aspectos referentes al pago de la pensión alimenticia, no solo va a tener una vertiente económica, sino que va a afectar a todos los aspectos concernientes a los hijos: académicos, asistenciales y todos aquellos que se refieran a su bienestar, desarrollo y madurez.

La mediación como técnica de resolución de conflictos se caracteriza por los siguientes aspectos:

1.º Voluntariedad. Según este principio, las partes son absolutamente libres de someter la resolución de su conflicto a mediación y de cambiar de opinión en cualquier momento; parece incluso que el acatamiento de lo acordado tampoco es esencial antes de que dicho acuerdo haya sido sancionado judicialmente. En cualquier momento, las partes tienen derecho a retirarse y nadie puede obligarlas a reiniciar el proceso. El acuerdo debe ser alcanzado voluntariamente y no existe una autoridad que lo imponga, aunque haya un tercero neutral que participe en la mediación. La eficacia de la mediación se basa, precisamente, en la voluntariedad de

las partes frente a los procesos contenciosos en que la solución es impuesta por un tercero investido de poder para ello.

2.º Confidencialidad. La mediación es un sistema que respeta la confidencialidad y la privacidad. Antes de iniciarse el proceso, el mediador entrega a las partes un “convenio de confidencialidad” que es suscrito por todos y que les prohíbe difundir públicamente lo que allí se trate. Las manifestaciones expuestas en el transcurso de la mediación son confidenciales y las notas tomadas durante la misma se destruyen posteriormente. Sin la autorización expresa de una parte –y en el transcurso de una sesión conjunta– el mediador no podrá revelar a la otra ningún contenido expuesto durante una sesión privada.

3.º Imparcialidad o neutralidad. La imparcialidad constituye otra de las características esenciales del mediador, que no debe tomar partido ni inclinarse por ninguna de las partes, sino que debe limitarse a controlar la negociación marcando las pautas y a facilitar tanto la comunicación como las alternativas existentes para la resolución del conflicto. El agente mediador no se encuentra vinculado a ninguno de los intervinientes en el conflicto, pues su implicación a favor de uno de ellos supondría la pérdida de la neutralidad necesaria para el ejercicio de su función.

4.º Flexibilidad. La flexibilidad del procedimiento está ligada a la informalidad del mismo, que se desarrolla en sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, e incluso en sesiones privadas entre el mediador y cada una de las partes.

5.º Carácter extrajudicial. La mediación constituye un procedimiento que se define por su carácter extrajudicial: no se realiza ante el juez, su fuerza radica en la voluntad de las partes, no existe coercitividad ni coactividad por parte de mediador –lo que sí ocurre con el juez–, hay un consentimiento libre y consciente de las partes de someterse a la mediación y, en caso de que se lograra un acuerdo, deberá cumplirse de manera voluntaria.

En el ámbito estrictamente español, la Ley 30/1981, de 7 de julio, constituyó el primer referente legal que facultaba a las partes para pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación o el divorcio sin derivar la solución a la vía arbitral o judicial. Esta facultad otorgada a las partes coincide con una de las características fundamentales de la mediación familiar, que se traduce en

la devolución del poder de decisión a los implicados para resolver las crisis del matrimonio.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil omitió expresamente la figura de la mediación familiar en el ámbito de los procesos de familia, siendo la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que introduce de forma expresa esta figura en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, añade el apartado 7.º al artículo 770, en el que se prevé la posibilidad de suspender el procedimiento contencioso de separación o divorcio si lo solicitan las partes de común acuerdo para someterse a mediación.

Además, esta Ley 15/2005, de 8 de julio, establece expresamente en su disposición final tercera que “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Con todo, lo cierto es que, finalizada la primera década del siglo XXI, el impulso de la mediación en España ha venido fundamentalmente de la mano de las comunidades autónomas, pues carecía de una ordenación general y, en particular, dentro del derecho de familia.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se circunscribe estrictamente a las competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, pero permite articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

Con la suscripción del contrato de mediación familiar, no se priva a las partes de su derecho a acudir a los tribunales ordinarios de justicia para solucionar los conflictos surgidos entre ellos, pero se evitan, en cierta medida, los costes procesales y psicológicos mediante un procedimiento voluntario, al que las partes pueden acudir en cualquier momento de su desavenencia, y que propone una solución menos traumática, permitiéndoles alcanzar una ruptura consensual que tenga siempre presente el interés superior de los menores.

Por consiguiente, cada uno de los actores en conflicto debe asistir personalmente a las reuniones, sin que su asistencia pueda ser suplida por representantes o intermediarios, y debe mantener una conducta conforme con la otra parte, de acuerdo con los principios de la buena fe, la lealtad y la corrección en el trato, de lo que se derivan diversas obligaciones como la de exponer la verdad de los hechos sin ocultamientos ni fingimientos, la aportación de los documentos necesarios para la consecución de los acuerdos, el compromiso de no ejercer acciones judiciales paralelas a la mediación y a no solicitar en ningún caso el testimonio de los mediadores en los procesos legales.

El acuerdo derivado de la mediación familiar ha de referirse siempre a materias de derecho dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente –entre las que, obviamente, se encuentra la pensión alimenticia de los hijos– y en todos los casos debe priorizarse el interés superior de los hijos, ya que, tal y como establece el artículo 90 del Código Civil, los acuerdos a los que lleguen las partes no pueden ser dañosos para los hijos ni gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y deberán versar sobre los siguientes aspectos:

- 1.º Acuerdos relativos al domicilio familiar.
- 2.º Guarda y custodia de los hijos.
- 3.º Liquidación del régimen económico matrimonial.
- 4.º Pensiones alimenticias.
- 5.º Derecho de visitas de los hijos.
- 6.º Pensión compensatoria.
- 7.º Diferencias entre ascendientes y descendientes.
- 8.º Partición de los bienes hereditarios o de los exgananciales.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en sus artículos 23 y 25 “que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, [...] el notario verificará el cumplimiento de los requisitos [legales] y que su contenido no es contrario a Derecho” antes de elevar

a escritura pública el acuerdo. “Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”.

Además, si el acuerdo se ha alcanzado en una mediación desarrollada después de que se hubiera iniciado un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada en algunos aspectos relacionados con este punto por la disposición final tercera de la propia Ley 5/2012, que afecta, entre otros, a los artículos 19, 414, 415 y 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La ejecución de los acuerdos resultantes de una mediación iniciada estando en curso un proceso, se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo, en virtud del artículo 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, según lo previsto en el apartado 2.º del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de su elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales de los que España sea parte y las normas de la Unión Europea, según establece el artículo 25.3 de la Ley 5/2012.

La ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España sobre reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación, se producirá en la forma prevista por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Consideramos que la mediación es un instrumento adecuado tanto para solucionar las controversias surgidas en torno a las pensiones alimenticias de los hijos como para resolver actuales y futuros conflictos, y que permite evitar enormes costes personales y económicos para el núcleo familiar. Si bien los resultados de este mecanismo dependerán de la habilidad del mediador, es posible que el hecho de que no se desarrolle ante un tribunal haga que el progenitor deudor se sienta en un

ambiente de mayor confianza y se muestre predispuesto a adoptar soluciones de mutuo acuerdo a fin de satisfacer su prestación.

Por otro lado, la mediación supone una solución estructural al principal problema de la justicia, que no es otro que la saturación de juzgados y tribunales, lo que redundaría en una justicia lenta y con mayor probabilidad de error en el contenido de las resoluciones; además, la mediación permite reducir los costes del procedimiento de separación, divorcio o medidas paternofiliales.

b) El fondo de garantía del pago de alimentos

Este fondo nace para cubrir situaciones de extrema necesidad provocadas por el incumplimiento, por parte del progenitor deudor, en el pago de las pensiones alimenticias estipuladas judicialmente. Dependiendo del alcance de su protección, puede ser un instrumento óptimo para asegurar la manutención de los hijos, cuyo interés es el más necesitado de protección. Sin embargo, este mecanismo presenta el inconveniente de subsidiar las pensiones obligando al Estado a financiar cuestiones particulares pertenecientes al dominio familiar, lo que en nuestra opinión resulta inasumible, no solo desde el punto de vista económico, sino porque supone una intromisión intolerable en el ámbito de las libertades personales, impropia de un Estado democrático y de derecho.

No faltaron las voces críticas en el momento de la creación del fondo, pues entendían que, al estar basada su financiación en los impuestos pagados por los ciudadanos, se estaba responsabilizando a todos los contribuyentes de las conductas desaprensivas de los cónyuges o convivientes que no cumplían sus obligaciones alimenticias.

Sin embargo, tuvieron más fuerza las razones de signo contrario, fundadas en el principio de solidaridad social ante los conflictos que sufre la familia como consecuencia de estos comportamientos, así como en la idea de que las repercusiones del incumplimiento son de toda índole y alcanzan especialmente a los menores de edad, a quienes trata de proteger este mecanismo. El fondo de garantía del pago de alimentos responde a la creciente importancia de la legislación protectora de menores en nuestro ordenamiento, y representa un paso más en el reconocimiento del derecho al bienestar del menor, así como del restante haz de derechos configurados en la

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En defensa de la existencia del fondo debemos señalar que su ámbito de cobertura se reduce a situaciones extremas, sometidas a requisitos de enorme exigencia, siendo además incompatible con otras prestaciones, lo que supone que se cubran solamente los alimentos en aquellos casos en que la ausencia de ayuda dejase a los menores en situación de pobreza.

La disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece que “el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género”.

La creación de este fondo surge como respuesta a una demanda social recogida en la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se regula, por primera vez en nuestro derecho estatal, el fondo de garantía de pensiones. Esta disposición establece que “el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial”; sin embargo, esta ley preveía que el desarrollo de la disposición se hiciese a través de una legislación específica que concretara el sistema de cobertura en dichos supuestos.

El fondo de garantía del pago de alimentos se creó con la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 y, de conformidad con lo ordenado en la disposición transitoria décima primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,

quedó regulado por el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos¹⁸⁸.

Entre las características de este fondo, podemos destacar que carece de personalidad jurídica; que tiene como objetivo garantizar el pago, a favor de los hijos menores de edad, de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos mediante el abono de una cantidad en calidad de anticipo.

El fondo es gestionado por el Servicio de Gestión de Fondos de Alimentos de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda. Para que le sea reconocido el derecho a beneficiarse del fondo de garantía, es necesario presentar una solicitud dirigida a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas firmada por el representante del menor –es decir, el progenitor custodio–, mediante formulario oficial que se puede obtener en la página web del organismo tramitador (www.clasespasivas.sgpg.pap.meh.es), adjuntando el testimonio de la resolución judicial que reconoce los alimentos o aprueba el convenio –en sentencia de separación o divorcio–, o del convenio regulador, en su caso, y la solicitud de ejecución.

Los beneficiarios de los anticipos del fondo son menores de edad –o mayores con un grado de discapacidad igual o superior al 65 %– españoles, o nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea residentes en España, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado. Si se trata de extranjeros, deben disponer de residencia legal en España durante al menos cinco años, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. En el caso de hijos menores de cinco años, estos periodos de residencia se le exigirán a quien ejerza su guarda y custodia; aunque si el titular de la guarda y custodia fuera español, bastará con que el menor resida legalmente en España en el momento en que se solicite el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.

Para tener derecho a los anticipos, los recursos económicos de la unidad familiar en la que se integra el menor no pueden superar el límite de ingresos

¹⁸⁸ Publicado en el BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de solicitar el anticipo por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos menores que formen la unidad familiar. Dicho coeficiente será 1,5 si solo hubiera un hijo, y se incrementará en 0,25 por cada hijo adicional, de la siguiente manera:

1 hijo: 1,5 x el IPREM vigente en el momento de solicitud del anticipo;

2 hijos: 1,75 x IPREM;

3 hijos: 2 x IPREM;

4 hijos: 2,25 x IPREM;

y así sucesivamente. En 2016, el valor anual del IPREM era de 6.390,13 euros.

Quizá sea más fácil entender el cálculo mensual –aunque, como hemos indicado, este cómputo es anual– del límite de ingresos que otorga derecho al anticipo, teniendo en cuenta lo establecido en la disposición adicional octogésima cuarta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016:

Número de hijos	Ingresos que no supera la unidad familiar (al mes)
1	798,76 euros (resultado de 532,51 x 1,5)
2	931,89 euros (resultado de 532,51 x 1,75)
3	1.065,02 euros (resultado de 532,51 x 2)

El límite de los recursos económicos se entenderá acreditado mediante la declaración de rentas de la unidad familiar que realice el solicitante, sin perjuicio de las comprobaciones que pueda realizar el órgano competente.

A efectos de estos anticipos, se entiende por unidad familiar exclusivamente la formada por el padre o la madre y aquellos hijos menores de edad titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado que se encuentren a su cargo; así como la formada por los menores y la persona física, distinta de los padres, que los tenga a su cargo por tener atribuida su guarda y custodia.

La cuantía de los anticipos es de cien euros mensuales por cada beneficiario, salvo que la resolución judicial fije una pensión mensual inferior, en cuyo caso se abonará el importe fijado por la resolución judicial. El plazo máximo de percepción es de dieciocho meses, ya sea de forma continuada o discontinua, desde el primer día del mes siguiente a la solicitud.

La percepción del anticipo es incompatible con otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas administraciones públicas, debiendo el titular de la guarda y custodia del menor beneficiario optar por una de ellas.

El Estado, en contrapartida, se subrogará de pleno derecho, hasta el importe total de los anticipos satisfechos al interesado, en los derechos que le asisten frente al obligado al pago de alimentos, lo que transforma la naturaleza de la obligación, que pasa a ser pública, y su cobranza por el Estado se efectuará en la forma prevista por la Ley General Presupuestaria. Por ello, se informará al obligado de la existencia de una resolución que reconoce el anticipo y, posteriormente, se notificará y practicará la liquidación de las cantidades que adeuda al Estado, que deberá ingresar en el Tesoro Público o que, en su defecto, le serán exigidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo mediante el procedimiento administrativo de apremio.

10.2.2. Soluciones judiciales de carácter económico

Existen numerosas soluciones judiciales para hacer frente al impago de la pensión de alimentos, como las multas coercitivas y el pago de intereses, la aplicación de medidas cautelares, la ejecución de las resoluciones judiciales en que se fijaban las pensiones o la puesta en práctica de acciones subrogatorias o revocatorias.

a) Multas coercitivas y pago de intereses

El impago de pensiones devengadas es considerado por el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil merecedor de la imposición de “multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas”.

Así, el número 1.º del artículo 776 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil prevé sanciones pecuniarias de carácter civil con una finalidad conminadora: “Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas”. El artículo 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –con recargos similares a los establecidos por la Administración– se refiere a la cuantía de las multas coercitivas, que puede oscilar entre un 20 y un 50 % de lo adeudado.

Por otra parte, a la hora de reclamar los intereses, hay que tener en cuenta que en el supuesto de las pensiones atrasadas en ejecución surge la duda de si dichos intereses se devengan desde el momento en que se tiene conocimiento de la sentencia o desde que se interpone la demanda.

Al no existir normas específicas que regulen la ejecución de los procedimientos de familia, debemos acudir a la regulación de los intereses prevista en las normas de la ejecución dineraria; de esta manera, si la cantidad que importa la pensión alimenticia y los incrementos anuales de la misma son líquidos –porque quedaron fijados a partir de fechas concretas y determinadas–, se devengará alguno de los siguientes intereses, según lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1.º un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos; 2.º el que hubiesen pactado las partes; 3.º el que corresponda por disposición especial de la ley.

Remitiéndonos a las normas generales, la ejecución se despachará por la cantidad que se adeude al progenitor acreedor, de tal manera que junto con el principal podrá reclamar los intereses ordinarios y los moratorios vencidos, según lo dispuesto en el artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin perjuicio que estas medidas sirvan como refuerzo para la reclamación de las pensiones, evitando no solo el impago sino el enriquecimiento injusto de aquel que incumple su obligación, es evidente que la imposición de multas –que muy raramente se produce en la práctica– y el pago de intereses legales o moratorios difícilmente serán eficaces si existe una situación de insolvencia, o si el deudor pretende simular insolvencia para evitar el pago de las pensiones. Por ello,

consideramos que debe ser el juez de familia, previa audiencia al ministerio fiscal, el que fije si proceden estas multas o intereses, no cabiendo duda de que deben imponerse siempre que se acredite dolo o conducta negligente por parte del progenitor deudor. Sin embargo, estos intereses y multas nunca deberán imponerse en aquellos supuestos en que el obligado al pago no pueda hacer frente a la deuda como consecuencia de un cambio relevante en sus circunstancias personales o económicas.

b) Medidas cautelares

Tanto las garantías como las consecuencias derivadas del incumplimiento tienen un carácter disuasorio para evitar el impago o, si se prefiere, conminador al cumplimiento, por lo que en última instancia desempeñan una función preventiva. No obstante, existen medidas específicas, como las medidas cautelares, que pueden adoptarse cuando se evidencia el peligro de incumplimiento. No es necesario que se trate de un peligro inminente, sino que basta con que, observando la conducta del progenitor y basándose en razones fundadas, desaparezca la confianza en que cumplirá sus obligaciones sin problemas; es lo que en jurisprudencia se denomina *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho, y *periculum in mora*, o peligro por la no actuación inmediata¹⁸⁹.

Ante la ausencia de normas específicas en el derecho de familia, las medidas cautelares son las reguladas en los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica de “medidas cautelares específicas”, se recogen aquellas que resultan idóneas para ser adoptadas en los procedimientos por rupturas matrimoniales: el embargo preventivo de bienes, la intervención o la administración judicial de bienes productivos, la

¹⁸⁹ La jurisprudencia ha puesto de manifiesto, en multitud de ocasiones, los requisitos necesarios para que prosperen las medidas cautelares: la apariencia o presunción de buen derecho y el peligro de la mora. Así se expone en la STS sala 1ª de 21 de octubre de 2014 (EDJ 2014/179978), el AAP Madrid de 10 de julio de 2015 (EDJ 2015/185369) y el AAP Alicante de 25 de febrero de 2015 (EDJ 2015/69176). En estos casos, el peligro de la demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil –como sería predicable de las medidas puramente conservativas– como de que se produzca un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, de que ese daño aumente; y esta circunstancia debe apreciarse y valorarse con relación al tiempo en que se efectuó la solicitud. En cuanto a la apariencia de buen derecho, “no existe jurisprudencia alguna sobre el carácter inherente o inseparable del daño al hecho de la aplicación de la medida cautelar en la demanda, debiendo apreciarse razones suficientes para que esta Sala hubiera de hacer una formulación de carácter general en tal sentido, excluyendo la aplicación del principio general según el cual quien alega haber sufrido un daño o perjuicio ha de acreditar su existencia”.

creación de inventarios de bienes, la anotación preventiva de demanda u otras anotaciones registrales cuando sean útiles para el buen fin de la ejecución, etc.

El cónyuge que administra la pensión podrá solicitar al tribunal la adopción de estas medidas de garantía para asegurar la percepción de pensiones futuras, y será competente para conocer de la solicitud de las medidas cautelares el tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia¹⁹⁰.

La medida cautelar que se adopte respecto de los bienes y derechos del deudor tendrá por objetivo posibilitar el pago de las pensiones que pudieran otorgarse en una sentencia estimatoria, y deberá fundamentarse de manera idónea, principalmente, mediante justificaciones documentales. Por ello, son necesarias unas normas específicas para la ejecución y la reclamación de cantidades vinculadas al sostenimiento de los hijos. Y es que, tal y como se pone de manifiesto en las ejecuciones ordinarias, resulta impensable que en el ámbito de la reclamación de pensiones alimenticias pueda exigirse al ejecutante la adopción de una caución previa al despacho de la ejecución para responder a los posibles daños y perjuicios que esta pudiera causar al patrimonio del demandado, lo que, sin embargo, sí debe exigirse en otro tipo de procedimientos cuyo objeto de reclamación no versa sobre una cuestión de *ius cogens*, como lo son las pensiones de los hijos.

Cuando lo adeudado son pensiones alimenticias, comprobamos que la eficacia práctica de las medidas cautelares se limita a aquellos casos en que el deudor tiene bienes susceptibles de ser ejecutados; en el resto de casos, estas medidas serán de difícil aplicación, especialmente si el progenitor deudor carece de bienes o de patrimonio. Es evidente, cuando afirmamos que el incumplimiento en el pago suele deberse a la insolvencia del progenitor deudor, a veces lograda de forma deliberada con el fin de eludir las obligaciones libremente asumidas en relación con sus hijos, que difícilmente podrán encontrarse en su patrimonio bienes suficientes para cubrir la deuda.

En el caso de que el obligado al pago dispusiera de bienes, debería procederse a adoptar la medida cautelar con el fin de asegurar el cobro de la deuda, lo que halla su fundamento, una vez más, en la defensa del interés más necesitado protección.

¹⁹⁰ Así se pone de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP A Coruña de 20 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/235038) o el AAP Lleida de 22 enero 2013 (EDJ 2013/18541).

c) Ejecución de las resoluciones judiciales que fijan las pensiones

Del incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias se derivan consecuencias para las partes implicadas e incluso para terceros, que pueden verse igualmente afectados. El único responsable de las deudas contraídas por el progenitor no custodio en relación a la manutención de los hijos es el progenitor custodio que las ha asumido, pudiendo exigir su cumplimiento extrajudicialmente o directamente ante los tribunales.

La ejecución de las resoluciones judiciales que fijan las pensiones alimenticias suele llevar aparejada una serie de medidas económicas, como el cobro de intereses, el abono de las costas del procedimiento y el embargo de bienes como dinero, cuentas corrientes, salarios o ingresos.

Para que pueda acudir al mecanismo de la ejecución, es necesario que exista una resolución judicial previa declarativa de su derecho, puesto que es el acreedor quien deberá acudir directamente a la ejecución.

No existe una regulación específica para las ejecuciones en materia de familia, por lo que estos procedimientos se incardinan en las normas generales establecidas en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el supuesto de incumplimiento de la resolución judicial, el progenitor acreedor ejercitará la acción personal contra el deudor solicitando la ejecución sobre todo su patrimonio, en virtud del artículo 1911 del Código Civil, que dispone que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos los bienes, presentes y futuros”. La ejecución deberá iniciarse mediante demanda, debiendo llevarse a cabo en los términos establecidos en el artículo 549.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Cuando el título ejecutivo sea [...] una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda”, ya sea un auto de medidas previas o provisionales, o una sentencia de separación, divorcio, nulidad, modificación de medidas o de medidas paternofiliales derivadas del cese de una pareja de hecho lo que dé origen al impago de las pensiones alimenticias.

El ejecutante debe justificar que su pretensión no es otra que la reclamación de las pensiones alimenticias que no fueron abonadas por el ejecutado en su momento. Por exigencias del artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no basta con indicar las mensualidades en las que no se atendió el pago de la pensión, sino que es necesario cuantificar la deuda existente en el momento en que se presenta la demanda; el acreedor debe, por tanto, liquidar la deuda de un determinado período de tiempo y solicitar que se despache ejecución por la cantidad resultante de dicha liquidación.

En el mismo artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que “la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución [...]”. Es decir, junto con el principal –pensiones alimenticias no abonadas–, el legislador permite que el ejecutante reclame los intereses ordinarios y moratorios vencidos con anterioridad a la presentación de la demanda de ejecución y haga un presupuesto, que también será válido para el despacho de la ejecución, de los intereses que puedan devengarse desde la fecha de presentación de la demanda hasta que cobre la deuda de forma efectiva.

El artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, complementando lo anterior, indica que “si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo [más] de la misma obligación en cuya virtud se procede, [...] se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiera así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento”, lo que resulta absolutamente esencial en la práctica, pues permite el embargo automático de salarios del deudor y que estos sean ingresados directamente en la cuenta corriente del progenitor acreedor, lo que la convierte en una de las medidas más eficaces.

Pérez Martín¹⁹¹ considera que la pensión alimenticia, al ser una prestación periódica, no se encuentra adecuadamente prevista en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es que, según señala dicho artículo, “desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una

¹⁹¹ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia: La ejecución de las resoluciones...*, op. cit.

cantidad de dinero líquida determinará en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”.

En este precepto, se contempla únicamente el caso de que la sentencia condene al demandado al abono de una cantidad líquida, estableciendo de forma automática un interés por mora procesal desde el mismo día en que se dicte dicha sentencia, de tal forma que el demandado deberá abonar la cantidad indicada en el fallo más el interés legal incrementado en dos puntos y calculado hasta el día en que haga efectivo el importe del principal. Sin embargo, en el caso de las pensiones alimenticias, al tratarse de prestaciones periódicas y futuras, los intereses no pueden generarse desde la fecha de la sentencia, ya que es posible que el obligado al pago de las pensiones las haga efectivas en los primeros momentos y deje impagadas las mensualidades siguientes.

En este apartado, la doctrina se divide en dos tesis: a un lado, se sitúan quienes consideran que el impago de la pensión alimenticia genera intereses de forma automática desde el inicio del incumplimiento de la obligación; al otro, quienes afirman que será necesaria la intervención del acreedor para que, a través del correspondiente requerimiento, quede acreditada la mora del deudor.

Como ya hemos visto, nuestro ordenamiento contempla dos tipos de intereses: los intereses moratorios y los intereses legales.

Los intereses moratorios previstos en el artículo 1108 del Código Civil se derivan de una obligación pecuniaria, es decir, que consiste en el pago de una cantidad de dinero. Una vez que el deudor incurre en mora, “la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

No será, sin embargo, necesario el retraso en el pago por parte del deudor para que la mora exista cuando la obligación o la ley así lo declaren expresamente o cuando, por su naturaleza y circunstancias, exista un momento determinado para cumplir la obligación. Precisamente este es el supuesto que se presenta cuando se impone la obligación de pago de las prestaciones alimenticias dentro de los cinco primeros días de cada mes, ya que su importe va destinado a cubrir las necesidades

cotidianas del alimentista en los términos previstos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

En cambio, los intereses por mora procesal son considerados punitivos o sancionadores y nacen *ope legis*, sin necesidad de petición por parte del acreedor.

Por tanto, los intereses que podríamos denominar ordinarios se devengarán desde la fecha del incumplimiento de cada obligación periódica y cesaran cuando comiencen los intereses moratorios, que se generan desde la fecha de presentación de la demanda de ejecución.

La SAP Barcelona de 25 de febrero de 2002 (EDJ 2002/18108) señala que “si el día cinco de cada mes el demandado debía abonar la pensión alimenticia y no lo hace a partir del día siguiente, la suma no pagada comenzará a devengar intereses”.

Los partidarios de que los intereses legales empiezan a generarse a partir de la fecha en que se produce el requerimiento al ejecutado entienden que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1100 del Código Civil y, por tanto, que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. Como generalmente no suelen efectuarse requerimientos fehacientes para reclamar las pensiones alimenticias, el inicio del devengo de los intereses comenzará con la presentación de la demanda de ejecución o, en su caso, desde la fecha en que se notifique el citado auto al ejecutado.

Parte de la jurisprudencia mantiene esta postura desde hace años, como muestra, entre otras, la STS sala 1ª de 29 de abril de 1994 (EDJ 1994/3804), que considera que la falta de devengo de los intereses “podría configurar incluso una situación de enriquecimiento injusto, figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se le obligara, desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso, a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma. En definitiva, perece el motivo”.

En nuestra opinión, la cuestión de los intereses no tiene mayor relevancia, debiendo el legislador concentrar sus esfuerzos en buscar soluciones para que se

produzca un cumplimiento sistemático de la obligación, más que el resarcimiento por el retraso en el pago mediante el cobro de intereses, pretensión que resulta estéril si no se consigue ejecutar el principal de la deuda.

Si bien compartimos plenamente la postura de Pérez Martín¹⁹², cuando afirma que, al tratarse de prestaciones periódicas, los intereses deben devengarse desde la fecha de cada incumplimiento –lo que conlleva implícitamente la reclamación de los intereses desde la fecha de la interpelación judicial y, precisamente por ello, tiene razón de ser la previsión establecida en el artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, no podemos olvidar que estamos ante una ejecución de sentencia y, por tanto, no se trata de un procedimiento declarativo, en el que se crea un derecho con carácter constitutivo o declarativo, sino que lo que se pretende es el ejercicio del derecho del progenitor que administra las pensiones alimenticias a recibir una cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya le pertenecía y debía haberle sido abonada.

Al tratarse de pensiones alimenticias, la cantidad que se reclama por mensualidades atrasadas es líquida en sí misma, por lo que, si no se abona en la fecha fijada para su pago, la liquidación de intereses se puede y se debe practicar automáticamente como mecanismo sancionador, e incluso disuasorio, para aquel que incumple con sus obligaciones familiares, fijadas por una resolución judicial.

Por último, debemos añadir que si en el convenio regulador se estableció expresamente el abono de un determinado tipo de interés para el supuesto de que el obligado al pago de las pensiones alimenticias no las hiciese efectivas dentro del plazo fijado –pacto que no suele recogerse habitualmente en los convenios–, una vez homologado judicialmente, será plenamente exigible. Sin embargo, en nuestra opinión, es posible que dichas cláusulas fijen intereses superiores a los establecidos por la ley, por lo que, por mucho que sean pactados, estos intereses podrían considerarse leoninos o usurarios. No olvidemos que nos movemos en el ámbito del derecho de familia y no del negocio jurídico, por lo que estas medidas deben perseguir fundamentalmente el cumplimiento sistemático y ordinario del pago de las pensiones, y no tanto una compensación económica derivada del incumplimiento.

Si estos intereses llegaran a considerarse abusivos, quedarían sin efecto o, en su caso, se les aplicaría la moderación recogida en el artículo 1154 del Código Civil.

¹⁹² *Ibid.*

A pesar de lo expuesto, algunas audiencias provinciales consideran que dicho pacto debe cumplirse en sus propios términos, sin que sea posible discutir, en vía de ejecución de sentencia, el carácter abusivo o usuario de la cláusula, siendo por tanto improcedente su moderación. Así lo expone el AAP Baleares de 29 de julio de 2002 (EDJ 2002/62419), que reconoce la “validez y eficacia de la cláusula penal pactada en el convenio regulador para el supuesto de que el padre se retrasare en más de treinta días naturales en el cumplimiento de las obligaciones que asume, sin que sea factible en fase de ejecución de sentencia discutir si dicha cláusula es abusiva o usuraria”.

En conclusión, dependiendo del criterio que sigamos en materia de intereses, en la demanda de ejecución, junto con el principal, habrán de incluirse o no los intereses que se hayan devengado con anterioridad a la presentación de la demanda.

En cuanto al abono de las costas de ejecución, podemos señalar que se consideran costas de la ejecución todos los gastos y costas del proceso que se generan a instancia de las partes; las cuales deberán ser pagadas por cada parte a medida que se vayan produciendo –con la única excepción de lo dispuesto sobre asistencia jurídica gratuita. Así, tal y como se establece en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del proceso se refieren al pago de los siguientes conceptos: 1.º los honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas; 2.º la inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso; 3.º los depósitos necesarios para la presentación de recursos; 4.º los derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; 5.º las copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos; 6.º los derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

Ahora bien, corresponderá a la parte que contrata la prestación de los servicios el pago de los honorarios de los profesionales que intervienen en el procedimiento. No obstante, si la resolución judicial impone a una de las partes el abono de las costas causadas por la otra, la parte condenada en costas estará obligada a abonar las incluidas en la tasación efectuada por el letrado de la administración de

justicia, en la que lógicamente se incluyen los honorarios devengados por los profesionales que defendieron a la parte contraria.

Cuando se condene en costas al litigante vencido, se le impondrá el pago de una cantidad total “que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento”, salvo que se aprecie temeridad del litigante condenado en costas, tal y como establece el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los casos de condena en costas al litigante vencido, se deben tener en cuenta los baremos orientadores del colegio de abogados en cuyo ámbito se haya actuado, que deberán ser aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo para determinar el importe de los honorarios.

No se trata de fijar los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que el trabajo de este será remunerado por la parte a la que defiende y a la que le vincula una relación de arrendamiento de servicios libremente estipulada por las partes contratantes, sino de determinar la carga que debe soportar el condenado en costas, tal y como exponen el ATS de 8 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/206619), el ATS de 8 de enero de 2008 (EDJ 2008/1836) y el ATS de 12 de febrero de 2008 (EDJ 2008/26658).

En este sentido hay que indicar que, conforme a lo señalado en el artículo 539.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas generadas en la ejecución de las resoluciones de familia “serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición”. Precisamente por ello, en el artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que “la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de esta”. Hay que tener en cuenta que, según lo establecido en este último precepto, la cantidad presupuestada para intereses y costas no podrá superar el 30 % de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

Esto supone que, en la práctica, en la demanda de ejecución haya que solicitar una cantidad alzada para el pago de las costas, cantidad que dependerá de los trámites que sea necesario realizar hasta que el ejecutante perciba todas las cantidades objeto de ejecución. Sin embargo, como inicialmente el ejecutante

desconoce si el ejecutado va a oponerse a la ejecución, en dicho presupuesto no puede incluirse ninguna partida correspondiente a este incidente. Si se formula oposición, el juzgado efectuará un pronunciamiento sobre quién debe abonar las costas de la oposición; si finalmente es desestimada la causa de oposición y el ejecutado es condenado en costas, el ejecutante podrá solicitar la ampliación de la cantidad inicialmente presupuestada en concepto de costas.

Una vez formulada la oposición, si concurren todos los presupuestos legalmente exigidos, el tribunal dictará auto despachando ejecución contra el deudor, determinando la cantidad por la que se despacha la ejecución y acordando el embargo de sus bienes en cuantía suficiente como para cubrir la cantidad reclamada más la presupuestada para intereses y costas.

No es objeto de esta tesis analizar las cuestiones procesales relativas al procedimiento ejecutivo dinerario —que no presenta ninguna peculiaridad con respecto a las reclamaciones de alimentos—; sin embargo, sí nos parece necesario abordar la cuestión relativa al embargo de los bienes propiedad del ejecutado como medida disuasoria frente al incumplimiento de la pensión.

Es precisamente en el auto en que se acuerda despachar la ejecución donde se decretará el embargo de los bienes que el tribunal estime suficientes para que, tras la oportuna vía de apremio, el acreedor vea compensado el importe de la deuda por las pensiones impagadas, de conformidad con el orden en los embargos fijado en el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “1.º dinero o cuentas corrientes de cualquier clase; 2.º créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores; 3.º joyas y objetos de arte; 4.º rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo; 5.º intereses, rentas y frutos de toda especie; 6.º bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales; 7.º bienes inmuebles; 8.º sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas; 9.º créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo”.

Como hemos visto, el dinero y las cuentas corrientes son los primeros bienes que pueden ser embargados según el orden fijado en el párrafo 2.º del artículo 592 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil; si bien, para que esto sea posible, será necesario tener previamente conocimiento de su existencia, para lo cual será necesario investigar el patrimonio del ejecutado.

En el artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé que, “a instancias del ejecutante, el tribunal [acuerde], por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia”, siempre y cuando el ejecutante no haya podido obtener esta información por sí mismo. Esta actuación conllevará el embargo de todos los saldos a favor del deudor en la oficina o sucursal indicada, incluso aunque no se conozcan los datos identificadores de cada cuenta.

Existen otros supuestos que pueden crear mayores dificultades, como los casos en que el dinero se encuentra depositado a nombre de varios titulares; en este caso, deberá embargarse la parte proporcional del dinero que pertenezca al ejecutado hasta cubrir, con el saldo disponible, la cuantía a la que ascienda la suma reclamada. En otros supuestos, será el juzgado el que deba fundamentar su decisión con arreglo a los principios de equidad y seguridad jurídica al no haberse previsto normativa específica al respecto; esto sucede, por ejemplo, con los depósitos en cuentas a plazos que, por las características del contrato firmado con la entidad bancaria, no permiten disponer del dinero de forma inmediata; en estas situaciones, será el propio tribunal el que adopte las medidas oportunas para lograr el cobro, “pudiendo designar un administrador cuando fuere conveniente o necesario para su realización”, por remisión expresa del párrafo 2.º del artículo 634 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta que la deuda quede íntegramente cancelada.

El párrafo 2.º del artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su número 8.º el embargo de “sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas”. Sin embargo, los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumeran los bienes inembargables, entre los que podemos destacar “el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”, y las retribuciones que la excedan se embargarán según la escala prefijada en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien en materia de alimentos se amplían las facultades del juez para determinar el importe que debe

embargarse –íntimamente conectadas con estas medidas están la capacidad económica del progenitor deudor y las consecuencias que puedan derivarse de la cuantía embargada en relación con el mínimo vital, tanto del progenitor deudor como del hijo acreedor, cuestiones suficientemente analizadas a lo largo de este trabajo.

El artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil insta como excepción a los límites fijados para el embargo de bienes el hecho de que la cantidad embargada se refiera a obligaciones alimenticias, al especificar que “lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos [...]. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada”.

Es importante advertir de que el citado precepto no dispone el embargo total del salario, sino que deja al libre arbitrio del juez la decisión de qué cantidad debe retenerse, teniendo en cuenta la trascendencia y la naturaleza de la deuda alimenticia.

De esta manera, será el juzgado el que solicite que se libre oficio a la empresa u organismo pagador del demandado para proceder a la retención mensual de los haberes a percibir. Cuando el pago de la prestación alimenticia proceda de ingresos por actividades profesionales y mercantiles autónomas, existe la posibilidad de solicitar la constitución de una administración judicial, según lo regulado en los artículos 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si como resultado de los oficios y mandamientos lo embargado fuera dinero, cuentas corrientes, rentas o frutos de toda clase, valores u otros instrumentos financieros, se ingresará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones correspondiente al juzgado donde se tramite el procedimiento, en virtud de los artículos 621.1, 622 y 623 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, “si se embargaren participaciones en sociedades civiles, colectivas, comanditarias, en sociedades de responsabilidad limitada o acciones que no cotizan en mercados secundarios oficiales, se notificará el embargo a los administradores de la sociedad [cuyos valores se embarguen], que deberán poner en conocimiento del tribunal [las disposiciones estatutarias o acuerdos de junta] que establezcan la existencia de pactos

de limitación a la libre transmisión de acciones o cualquier otra cláusula estatutaria o contractual que afecte a las acciones embargadas”, tal y como establece el artículo 623.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando lo embargado sean bienes muebles, será necesario designar a un depositario, como se desprende de los artículos 624 y 626 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el embargo se realiza sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el tribunal, a instancia del ejecutante, librará el correspondiente mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el registro que corresponda. El mismo día de su expedición, se remitirá el mandamiento por fax desde el tribunal al Registro de la Propiedad, que extenderá el correspondiente asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original en la forma prevista por la legislación hipotecaria. “Si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria”, como consta en el artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, si el ejecutante carece de información sobre los bienes que pueda poseer el ejecutado, tiene la posibilidad de solicitar al tribunal que recabe los datos necesarios sobre su patrimonio. El tribunal, de oficio, requerirá al ejecutado para que manifieste relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, y, si se trata de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Este requerimiento se le hará con apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, que incluya en ella bienes que no sean suyos, que excluya bienes propios susceptibles de embargo o que no desvele las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos, pudiendo el tribunal, una vez más, imponer al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento las correspondientes multas coercitivas periódicas.

d) Acción subrogatoria y revocatoria

El ordenamiento prevé la posibilidad de impugnar los negocios jurídicos que hayan podido hacerse en perjuicio de las pensiones alimenticias de los hijos, a tenor de lo establecido en el artículo 1111 del Código Civil, que señala que “los acreedores [...] pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”. Así, en virtud de dicha disposición legal, el acreedor alimenticio podría teóricamente ejercitar acción revocatoria de los actos fraudulentos del deudor cuando no tuviera otro medio de hacer efectivo su derecho de crédito, conforme al carácter subsidiario de la acción. También a tenor del citado precepto, tendría la posibilidad de ejercitar los derechos y acciones omitidos por su deudor, con el mismo fin. Sin embargo, la complejidad de tales actos y la enorme dificultad para lograr una prueba objetiva hacen que estas opciones sean poco viables en la práctica.

10.2.3. Soluciones judiciales de carácter personal

Con esta denominación nos referimos a las medidas adoptadas dentro del ámbito judicial que, a diferencia de las analizadas anteriormente que afectaban al ámbito económico y patrimonial, conciernen fundamentalmente al estatus jurídico-personal del deudor. Aunque no tendría incidencia directa en el cobro de las pensiones alimenticias impagadas, un cambio normativo que fomentase una mayor aplicación de este tipo de medidas –y que supondría, de facto, un endurecimiento en la aplicación de las soluciones ya previstas en nuestro ordenamiento– podría servir como elemento disuasorio para evitar el incumplimiento en el pago de las pensiones, lo que no solo contribuiría a reducir la litigiosidad, sino que además dotaría de mayor importancia al cumplimiento de las obligaciones contraídas con los hijos, que pasarían a estar contenidas dentro de la patria potestad, lo que lejos de perjudicar el interés del menor lo reforzaría como interés más necesitado de protección¹⁹³.

¹⁹³ En opinión de la profesora De Amunátegui, existen ciertas sanciones o consecuencias dentro del ámbito familiar y sucesorio por el incumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos. Concretamente, siguiendo el dictado del artículo 170 del Código Civil, la conculcación de los deberes inherentes a la patria potestad –y el de alimentar a los hijos participa de ese carácter conforme al artículo 154.1 del Código Civil– puede ser motivo de privación total o parcial de aquella. Del mismo modo, esta infracción puede ser causa justa de desheredación del ascendiente o cónyuge por parte de su descendiente o consorte, conforme a los artículos 854 y 855 del Código Civil; y puede llegar a considerarse causa de indignidad al calificarlo como caso de abandono de los hijos, encuadrable en lo dispuesto en el artículo 756.1 del Código Civil. Sin embargo, la misma autora entiende que tales

Y es que si un progenitor incumple deliberadamente el deber más básico de alimentar a su hijos –no olvidemos que deja de abonar las pensiones fijadas judicialmente– difícilmente podremos confiar, por un lado, en que cumpla con el resto de obligaciones y, por otro, en que su relación con el hijo pueda ser beneficiosa para este.

a) Declaración de prodigalidad

Hasta la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, la prodigalidad era considerada en el Código Civil como causa de incapacitación. A partir de ese momento, se configura como una de las circunstancias que justifican la presencia de la institución de la curatela y se encuentra regulada en los artículos 276.4, 297, 321 y 323 del Código Civil.

La prodigalidad es el comportamiento irregular y socialmente reprochable de una persona que pone en peligro su propio patrimonio en perjuicio de determinados familiares, y más específicamente, que pone en peligro el derecho de alimentos actual –o que está en situación de pasar a actual– del cónyuge, de los descendientes o de los ascendientes.

Mediante la declaración de prodigalidad, se incapacita parcialmente al pródigo para administrar sus bienes y se le somete a curatela. En esta misma sentencia deberán determinarse expresamente los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador¹⁹⁴.

privaciones de derechos tan solo servirán para reprobador la conducta del progenitor incumplidor, pero en nada afectarán a la satisfacción de la prestación no cumplida. Por ello, propone acudir a una posible reclamación de daños, por la vía del artículo 1902 del Código Civil o por cualquier otro cauce que tenga su fundamento en los perjuicios causados directamente al hijo por el incumplimiento del deber constitucional de alimentar a los menores; siendo consciente, por otro lado, de que las reclamaciones de daños en el marco de las relaciones familiares se presentan como un tema complejo y que solo se contemplan cuando se producen daños a la salud, u otros perjuicios provocados por la inadecuada administración del patrimonio del hijo. *Cfr.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La obligación de alimentar a los hijos menores...”, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁹⁴ Tal y como se deduce del contenido de la más pacífica jurisprudencia menor –entre otras, la SAP Córdoba de 29 de abril de 2003 (EDJ 2003/32290), la SAP Alicante de 29 de enero de 2013 (EDJ 2013/54535) o la SAP Barcelona de 22 de abril de 2016 (EDJ 2016/129274)–, es evidente que el significado que tiene en mente el legislador es, tomando como base la jurisprudencia consolidada, que pródigo es la persona que, de manera habitual, gasta su patrimonio de forma desordenada e irreflexiva. El pródigo no es incapaz en el sentido del artículo 200 del Código Civil, es decir, no padece deficiencias físicas o psíquicas que le impidan gobernarse por sí mismo. Si su conducta desordenada en la esfera patrimonial fuese debida a estas enfermedades, debería ser incapacitado. Por eso resulta contradictorio que quien es capaz de gobernarse por sí mismo sea, sin embargo, sometido a una restricción de su capacidad de obrar. En resumen, la prodigalidad supone la realización, de forma

reiterada, de actos de contenido económico desproporcionados tanto en la relación con el volumen patrimonial de quien los realiza como con la finalidad perseguida, y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados. La conducta aislada o la realización de actos cuyo coste económico sea desigual respecto del resultado obtenido pero que estén justificados no determinan la calificación de prodigalidad. Se trata de un concepto relativo, no hay un módulo o arquetipo de prodigalidad; su determinación debe realizarse en cada situación concreta y depende no solo de la finalidad del acto realizado, sino también del volumen patrimonial de quien lo realiza, de modo que si dicho acto no pone en peligro las responsabilidades patrimoniales relacionadas con las obligaciones alimenticias, aunque objetivamente sea desproporcionado o carezca de justificación, no determinará la declaración de prodigalidad. Las notas principales y características de la prodigalidad, que, a su vez, son debidamente matizadas por la jurisprudencia, son las siguientes: a) se requiere una conducta habitual “toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos pero aislados o puramente circunstanciales no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad” (STS de 25 de marzo de 1942); b) que dicha conducta sea esencialmente condenable, lo que sucede cuando, según la opinión común, la persona es considerada como “manirrota”, “dilapidadora de sus bienes” o “que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles o superfluas, en desproporción con sus posibilidades”, “sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia” (STS de 30 de septiembre de 1930, de 25 de marzo de 1942 y de 18 de mayo de 1962); sin embargo, la doctrina afirma que una administración mala o desafortunada o un negocio arriesgado o atrevido no conllevan por sí mismos el calificativo de “socialmente condenables”, a no ser por las circunstancias que concurran, por los medios empleados o por los resultados irrazonables alcanzados; c) la conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio; riesgo o peligro que se refiere al corrector de la conducta y que, precisamente, lo hace socialmente condenable; d) la conducta se produce en perjuicio de su familia más íntima –cónyuge, descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos–, lo que quiere decir que la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar. En cuanto a la situación del pródigo, en la Memoria de Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1981 se decía que “la posibilidad de sujeción de estos últimos [los pródigos] cuya curatela fue largamente considerada en cargo de los trabajos prelegislativos, prevaleciendo la opinión de que la circunstancia de prodigalidad, que sigue dándose de hecho en la realidad social, si no parece suficiente para provocar una incapacitación, sí merece dar lugar al menos a las medidas de protección que supone la curatela, siempre que pidan la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que estén percibiendo alimentos o se encuentren en situación de reclamarlos al presunto pródigo, así como el Ministerio Fiscal, si aquellos son menores o discapacitados”. Incluso en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1983 se especificaba que “especial relieve ofrece el caso de los pródigos para quienes, al ser llevados al amparo de la curatela, desaparece una incapacitación que, además de ser escasamente producida en la práctica, parece desfasada en la realidad actual e incompatible con las ideas sociales de nuestro tiempo”. La Ley 13/1983, de 24 de octubre (EDL 1983/8865), modificó profundamente la regulación de la prodigalidad; en lugar de incapacitar al declarado pródigo, se opta por someterle a curatela, creando una figura nueva y no bien definida. Una vez expuesto qué es y qué significa la prodigalidad, es preciso examinar los efectos de la declaración de prodigalidad. El proceso de incapacitación termina con una resolución en la que el juez, valorando las pruebas aportadas por las partes en litigio, decide si existe o no una conducta que ponga en peligro el patrimonio de la persona, estimando o rechazando la pretensión del demandante. La reforma del año 1983 se limitó a establecer como único efecto de la declaración de prodigalidad la obligación del juez de expresar en la sentencia los actos para los que el pródigo necesita el consentimiento del curador, expresión oscura y que deja en la penumbra –a diferencia de lo previsto en los derogados artículos 221, 224 y 227 del Código Civil (EDL 1889/1)– varias cuestiones, como son:

1.º La persona que debe ser designada como curador del pródigo: el derogado artículo 227 del Código Civil (EDL 1889/1) enumeraba las personas que debían asumir la función de complementar la capacidad del pródigo; el actual silencio del legislador hace suponer que el juez determinará libremente qué persona ejercerá como curador del pródigo, sin obligación de designar a alguno de los parientes.

2.º Nada se señala sobre la repercusión de la declaración de prodigalidad en la esfera personal o familiar del pródigo, de manera que ni su situación dentro del matrimonio ni respecto de sus hijos queda modificada.

3.º Consecuentemente con lo anterior, las facultades del curador se referirán exclusivamente al ámbito patrimonial y a los actos que fije el juez; por tanto, no cabe que la sentencia omita esa concreción de

Los actos realizados por el pródigo con anterioridad a la presentación de la demanda de prodigalidad serán válidos; de tal manera que solo podrán ser atacados por razón de prodigalidad los actos que el declarado pródigo hubiese realizado a partir de la presentación de la demanda en el juzgado correspondiente, siendo anulables los efectuados durante el tiempo que dura el proceso, así como aquellos negocios realizados sin la asistencia del curador cuando hubiese sido necesaria.

Nuestro ordenamiento prevé expresamente que si el progenitor no atiende a las necesidades de los hijos puede deberse a que haya malgastado su caudal, por lo que los interesados podrían instar la declaración de prodigalidad de conformidad con lo previsto en el párrafo 5.º del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que “la declaración de prodigalidad solo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”. La prodigalidad, en consecuencia, protege los alimentos debidos por ley, quedando incluidos los debidos en crisis matrimoniales.

El legislador no ha previsto esta medida con un carácter sancionador, sino para perseguir la conservación de un patrimonio al que están adscritos unos determinados deberes de asistencia que, en este caso, se concretan en el pago de una cantidad en concepto de alimentos. Con ello, se pretende asegurar el cumplimiento de tales deberes. La misión del curador consiste en controlar la actividad del deudor de los alimentos sobre su patrimonio sin que sea necesario esperar a que se produzca una situación límite que, probablemente, resultaría ya irreversible.

Una vez más, sería exigible la modificación de las normas del procedimiento de ejecución de las resoluciones judiciales para establecer un marco específico referido al ámbito del derecho de familia y, en particular, a las pensiones alimenticias.

Por ello, si un progenitor alega como causa del incumplimiento su falta de capacidad económica como consecuencia de pérdidas patrimoniales, insolvencia o un

actos; si no los contuviera, debería ser rectificada de oficio o impugnada mediante los oportunos recursos.

4.º El carácter de la instrucción del curador: mientras que para los demás supuestos de curatela la ley atribuye al curador una misión de complemento que se traduce en su asistencia en los actos que el menor emancipado o incapaz no puede realizar por sí solo, de manera que su misión sería más amplia que la mera asistencia de los restantes tipos de tutela.

proceso concursal que le coloque en situación de necesidad, debería preverse la posibilidad, en el marco del procedimiento ejecutivo, de someter al progenitor deudor a la asistencia automática de un curador que administrase todo su patrimonio. Por una parte, esta medida evitaría que los hijos sufrieran las consecuencias de la conducta irreflexiva y dilapidadora del progenitor obligado al pago que, debido a su mala praxis personal o empresarial, queda en un estado de necesidad que le impide hacer frente a sus obligaciones. Por otra parte, la designación de un curador que controlase los actos de disposición del progenitor que no hace frente a sus deudas serviría para conocer su situación económica real y evitar así posibles simulaciones, insolvencias provocadas y, en definitiva, fraudes legales encaminados a eludir el pago de las pensiones.

b) Privación de la patria potestad

A lo largo de este trabajo hemos explicado que, mientras los hijos son menores de edad, los padres tienen una serie de deberes para con ellos –como garantizar su alimentación, protección y formación– que han de cumplir y decidir atendiendo a lo que resulte más conveniente en cada momento. Para ello, necesitan disponer de amplias facultades sobre las personas y bienes de sus hijos, denominadas en su conjunto “patria potestad”, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos. Este deber-función de protección a cargo de la familia mediante el ejercicio de la patria potestad se basa en el artículo 39 de la Constitución Española.

La protección del interés del menor es una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño estén protegidos, y que lo estén de forma prioritaria y preferente frente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, como señala la STS sala 1ª de 25 de abril de 2011 (EDJ 2011/78863).

Los progenitores pueden verse privados de la titularidad de la patria potestad que tienen sobre sus hijos por violar los deberes inherentes a la misma. La patria

potestad es una institución establecida en beneficio e interés de los hijos, por lo que si se vulnera este interés procederá la privación de dicha patria potestad¹⁹⁵.

Para que pueda producirse la privación de la patria potestad, se requiere una causa que la justifique, revelada en el proceso previo y que sea lo suficientemente grave como para adoptar esta decisión, puesto que solo se llevará a cabo en supuestos extremos, ya que, como manifiesta la SAP Sevilla de 14 de marzo de 2003 (EDJ 2003/79320), esta medida tiene un carácter excepcional.

No parece diferir de esta opinión la STS sala 1ª de 12 de julio de 2004 (EDJ 2004/82541), en la que, “entre otros motivos, el tribunal argumenta que, aunque el demandado ha incumplido durante años sus obligaciones para con su hijo, sin embargo, no se estima pertinente privarle de la patria potestad, al ser esa privación una sanción que se ha de interpretar de forma restrictiva, haber modificado su actitud hacia su hijo y aconsejar el interés de este que no se produzca esa privación, como tampoco la del régimen de visitas”. En todo caso, la privación de la patria potestad se hará por sentencia fundada, y dicho fundamento será o bien que se incumplan los deberes inherentes a la patria potestad o bien por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial, referida a los procedimientos de separación, nulidad y divorcio en los que se establece todo lo relativo a la patria potestad, guarda y custodia de los hijos y en los que, en ciertos casos, se priva en ese mismo acto a uno o a ambos progenitores de su patria potestad.

El párrafo 1.º del artículo 170 del Código Civil afirma que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

El incumplimiento del deber de alimentar a los hijos, aunque grave, no opera por sí solo una vez consumada la ruptura de los progenitores y materializado ese deber en la obligación de pagar una pensión alimenticia, sino que ha de ser

¹⁹⁵ Existen numerosas sentencias, como la SAP Castellón de 31 de diciembre de 1996 (EDJ 1996/10328), la SAP Vizcaya de 31 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/19883), la SAP Barcelona de 16 de octubre de 2007 (EDJ 2007/246112) o la SAP Valencia de 3 de octubre de 2011 (EDJ 2011/279103), que han privado al recurrente de la patria potestad, por un grave y reiterado incumplimiento de los deberes inherentes a su potestad parental. Así, exponen que “el padre no ha velado por su hijo, ni ha cuidado de él, siendo nula la relación existente entre ambos, pues no lo ha visto desde que tenía unos meses de vida. Y tampoco ha cumplido con el deber de alimentar a su hijo. En definitiva, el padre ha incumplido de forma grave, constante y reiterada, durante años los deberes que impone la patria potestad”.

considerado de especial relevancia, reiterado, manifiestamente negligente y frecuente para poder ser apreciado como supuesto de hecho típico y característico del delito de abandono de la familia.

Es importante añadir que, para que se produzca la privación de la patria potestad, es preciso que el incumplimiento no obedezca a razones ajenas a la voluntad del progenitor que deja de prestar esos alimentos, pues causas coyunturales, como el desempleo sobrevenido, por ejemplo, pueden impedirle hacer frente a la obligación de pago, al menos en la cuantía establecida previamente para la prestación –lo que puede dar lugar a una modificación de su importe, mediante el planteamiento del correspondiente procedimiento de modificación de medidas. Tampoco hay que olvidar que el párrafo 2.º del artículo 170 del Código Civil recoge la posibilidad de recuperar esa patria potestad de la que había sido privado el progenitor “cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Consideramos imprescindible que se emprendan los cambios legislativos necesarios o, cuando menos, un cambio en el sentido de la jurisprudencia actual, que se sitúa en una posición excesivamente garantista en relación con el progenitor que incumple sus obligaciones. Debería sancionarse con mayor habitualidad y de forma automática –el Código Penal establece que el impago de dos mensualidades consecutivas de la pensión alimenticia, o de cuatro alternativas, son suficientes para la calificación de delito– con la privación de la patria potestad sobre los hijos al progenitor que, de forma sistemática, reiterada, voluntaria y dolosa, no hiciera frente a los alimentos de sus hijos fijados judicialmente, medida que, a fecha de hoy, resulta absolutamente excepcional, incluso en los supuestos en que queda acreditado el citado incumplimiento.

Atendiendo a un argumento de mero sentido común, podemos concluir que el progenitor que no cumple con la principal obligación derivada de la patria potestad, que no es otra que la de alimentar a su hijo –entendiendo los alimentos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista–, difícilmente podrá cumplir el resto de los deberes recogidos en el artículo 154 del Código Civil, como son “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación

integral”, todo ello pretendiendo siempre su beneficio, según su personalidad y respetando su integridad física y psicológica¹⁹⁶.

En este mismo orden de cosas, carece de sentido que la legislación penal, a través del artículo 227 del Código Penal, tipifique como delito el impago de dos mensualidades consecutivas, o cuatro alternativas, de la prestación alimenticia sancionando dichas conductas con fuertes multas e incluso con penas privativas de libertad en caso de reincidencia, y, sin embargo, en el ámbito de la legislación civil, cuando se produce el impago de las pensiones alimenticias durante meses o incluso años, los jueces se muestren reacios a acordar la suspensión del ejercicio de la patria potestad de quien ha incumplido grave y continuadamente sus deberes.

Ahora bien, sin perjuicio de que apoyemos la privación automática del ejercicio de la patria potestad en supuestos de incumplimiento, consideramos que la patria potestad debería reintegrarse desde el momento mismo en que se acredite que el progenitor cumple con sus obligaciones para con sus hijos en beneficio de estos. Por supuesto, se haya privado o no de la patria potestad al progenitor deudor, la obligación legal de pagar de alimentos seguirá existiendo en todo momento, en aras de no perjudicar el supremo derecho del menor y de no dar una salida al sujeto infractor.

c) Privación del derecho de visita

El Código Civil, entre las enormes facultades que concede al juez en el ámbito del derecho de familia, prevé, de forma indirecta, la posibilidad de privar del derecho a las visitas al progenitor que incumpla de manera continuada sus obligaciones alimenticias, al establecer en el artículo 94 que “el progenitor que no tenga consigo a

¹⁹⁶ En este sentido, podemos citar la SAP Santa Cruz de Tenerife de 4 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/298257) y la SAP Madrid de 26 de enero de 2016 (EDJ 2016/8953), que afirman que “cuanto concierne a la patria potestad del menor habrá de examinarse conforme a las exigencias de los artículos 154 y siguientes del Código Civil [...], sin olvidar como punto de referencia e imprescindible punto de partida que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, señalando, en todo caso, aquel mismo precepto, que los hijos, si tuvieren suficiente juicio, habrán de ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, y en lo concerniente a la extinción de aquel haz de facultades que comprende la patria potestad el Código Civil regula que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de su potestad ‘por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial’, todo ello según lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil [...], debiendo recordar a efectos de integración de este precepto que aquellos deberes se establecen en el primero de los artículos citados al relacionar: ‘velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes’”.

los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

No tenemos constancia de que exista una resolución judicial que, de forma expresa, haya suspendido el régimen de vistas como consecuencia del incumplimiento de la obligación de alimentos, aunque esa posibilidad se planteaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, sobre intervención del ministerio fiscal en los procesos de separación y divorcio, que se pronunciaba explícitamente a favor de una cláusula que automáticamente supeditara “el ejercicio de la facultad de visitar a los hijos al hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación”.

Sin embargo, es pacífico en nuestra jurisprudencia que visitar al hijo no solo es un derecho del progenitor no custodio, sino también un deber, pues dicho derecho se ejercita no solo en beneficio del padre no custodio sino que también beneficia al hijo e incluso al progenitor custodio, que puede así disponer de tiempo libre mientras el menor disfruta de la estancia o la visita con el otro progenitor.

El principio del *favor filii* obliga a velar por el interés del hijo, y ninguna duda cabe de que la relación con el progenitor con quien no convive contribuye a su madurez y a su desarrollo emocional. Si como consecuencia de la mencionada cláusula el padre o la madre –además de continuar sin pagar la pensión– dejasen de ejercer el derecho de visita, el hijo se vería doblemente perjudicado. Si se obtiene lo que se pretende, es decir, que el deudor vuelva a abonar la pensión alimenticia con el fin de recuperar su derecho de visita, se estará utilizando al hijo, y no está de más recordar que el fin no justifica los medios, tal y como ha explicado la jurisprudencia menor en la SAP Soria de 19 de junio de 2014 (EDJ 2014/116743), que declara que “existe una obligación de prestación de alimentos que ha sido incumplida por el padre, pero la misma debe ser fijada en atención a las necesidades del que tiene derecho a ella y a las posibilidades del obligado a prestarlos. En consecuencia, estando interno el padre y sin ingresos, el incumplimiento de la obligación de alimentos no supondría necesariamente un incumplimiento grave que dé lugar a la suspensión del régimen de visitas con relación a su hijo menor”. En esta misma línea

se ha pronunciado también la jurisprudencia mayor, que en la STS sala 1ª de 29 de junio de 2012 (EDJ 2012/141717) y en la STS sala 1ª de 21 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/207153), reconoce que la suspensión del derecho de visita debe tener solo una duración temporal y, habida cuenta del carácter excepcional de esta medida y de su aplicación restrictiva, será por el menor tiempo posible; unas veces la duración estará relacionada con la desaparición del obstáculo que la generó y otras dependerá “de la superación del hecho impeditivo o de las consecuencias en el menor que la originaron. En este último caso, será precisa una nueva decisión judicial que dé por terminada la suspensión y acuerde la reanudación en el mismo régimen u otro distinto, adaptado a la nueva situación”.

Sorprendentemente, en lo que respecta a las causas que dan lugar a la suspensión del derecho de visita, no hemos logrado encontrar ninguna resolución que la vincule al incumplimiento de las pensiones, a pesar de que, en nuestra opinión, no existe mayor incumplimiento que el impago de los alimentos de los hijos.

Sin embargo, la casuística es muy variada: en ocasiones se refiere a circunstancias que afectan directamente al interés del menor, como el hecho de que el progenitor no disponga de un hábitat digno; en otras, a que se muestre una conducta irregular, inmoral o delictiva contra los hijos, o a que el progenitor no custodio se sirva de sus relaciones con el menor para indisponerlo malévolamente contra su guardador jurídico; también puede deberse a circunstancias más o menos ajenas al régimen de visitas, tales como el alejamiento por razón de estudios, larga hospitalización o internamiento en algún centro, o a que se detecte una incidencia negativa de las visitas sobre el niño, como en los casos en que existen acusadas tensiones entre guardador y visitador, tal y como se pone de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Madrid de 28 de febrero de 2003 (EDJ 2003/66316), la STS sala 1ª de 11 de febrero de 2011 (EDJ 2011/8439), la SAP Barcelona de 10 de julio de 2012 (EDJ 2012/186191) o la SAP Barcelona de 23 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/237072).

Sin ánimo de ir a contracorriente de la jurisprudencia actual, consideramos que el incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias debe considerarse,

como mínimo, de la misma gravedad que otras actuaciones llevadas a cabo por el progenitor y que sí suponen que se le prive del régimen de visitas¹⁹⁷.

Basándonos en los mismos argumentos expuestos en el apartado sobre la privación de la patria potestad, entendemos que si el progenitor, de manera sistemática y dolosa, incumple la obligación esencial que tiene todo padre para con sus hijos, difícilmente resultará conveniente para el menor el contacto con dicho progenitor. Igualmente, consideramos que poco interés podría demostrar en proteger

¹⁹⁷ El principio de interés que inspira el ya citado artículo 92 del Código Civil (EDL 1889/1) aparece consagrado en la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (EDL 1990/15270), en cuyo articulado se parte del principio de que todas las medidas concernientes a los niños que se tomen atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño –expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto–, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, el artículo 18 reconoce el principio de que ambos progenitores tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño en el sentido de que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. Estos criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (EDL 1996/13744), de modificación parcial del Código Civil (EDL 1889/1) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463), que advierte expresamente de que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por eso, la actuación de los jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores –en los artículos 29 y 124 de la Constitución–, se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado. Aplicando los anteriores principios al ejercicio del concreto derecho del progenitor no custodio a relacionarse con su hijo, las resoluciones habrán de tomarse en relación al interés del menor por encima de los intereses, preferencias o comodidades de sus progenitores, sin que este derecho sea absoluto sino que, por el contrario, su ejercicio está supeditado al reiterado principio del interés del menor, en consecuencia, no se trata de una medida rígida sino que en su establecimiento, modificación, limitación, suspensión e, incluso, denegación, habrá de tenerse en cuenta, más que en ningún otro caso de los sometidos a los tribunales, las circunstancias que en él y en los afectados concurren.

La SAP Pontevedra de 3 de noviembre de 2014 (EDJ 2014/271702) suprime el régimen de comunicación establecido al tiempo de fijar las visitas: “teniendo en cuenta el interés del menor preponderante, debe tenerse en cuenta que el mismo no quiere ver a la demandada y que la comunicación existente puede ocasionar un serio perjuicio al niño. Así resulta de la audiencia del menor y de los informes psicosociales, así como de las múltiples incidencias policiales y judiciales producidas”. La SAP Cádiz de 26 de enero de 2016 (EDJ 2016/14304) considera que “procede a la vista de la prueba practicada suprimir el régimen de comunicación y visitas existente, pues el menor se encuentra en una situación actual satisfactoria que desaconseja dicha comunicación por lo que, sin dudar de los intereses de la demandada, los mismos deben ceder a favor del menor con el que apenas convivió dos años”. En términos similares se manifiesta la SAP Málaga de 15 de junio de 2015 (EDJ 2015/221495).

Sobre la supresión del derecho de visitas también se ha pronunciado la STS sala 1ª de 21 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/207153) que, tras recordar el contenido del artículo 94 del Código Civil, referido a los progenitores que no tengan consigo a los menores y al establecimiento del derecho que les asiste a visitarlos, que judicialmente solo podrá limitarse o suspenderse cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, señala que este supuesto actúa como excepción a la regla general de carácter imperativo –el precepto emplea el término “gozará”– en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos y, como toda excepción, ha de ser cumplidamente probada. La SAP Cádiz de 26 de enero de 2016 (EDJ 2016/14304) señala que “el incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable al titular de la patria potestad es causa justificada para acordar la privación de esta o, en interés del menor, suspender el régimen de visitas”.

el interés de su hijo cuando no asume la obligación más imprescindible e importante, que no es otra que el deber de alimentarlo. En la práctica, esta cuestión suscita graves enfrentamientos por la enorme injusticia que se genera cuando un progenitor incumple de forma deliberada y sistemática el pago de la pensión y, sin embargo, disfruta en condiciones de igualdad de los demás derechos y deberes, entre los que se encuentran las visitas y las estancias de los hijos.

Para poder suspender el derecho de visitas, insistimos en que es necesario que se produzca un incumplimiento previo de la resolución judicial que fijaba las pensiones alimenticias de los hijos que debían abonar los progenitores; en ese caso, ningún derecho podría reclamar quien ha incumplido previamente sus deberes. En este sentido, la privación del derecho de visitas no solo incentivaría el pago de las pensiones, sino que también disuadiría al deudor de crear situaciones de insolvencia para eludir el pago de la pensión si verdaderamente tiene interés en velar por sus hijos. En definitiva, se estaría asegurando la principal obligación que existe respecto del menor.

En ningún caso hay que confundir estas circunstancias, en las que se pretende impedir el incumplimiento de las obligaciones de los padres –sancionando las conductas más dolosas y fraudulentas–, con aquellas situaciones de abusos por parte del progenitor custodio que pretende negociar con las pensiones alimenticias de los hijos negando las visitas o estancias al otro progenitor si no accede a sus pretensiones económicas, lo que tradicionalmente se ha reflejado en el viejo axioma de “dinero a cambio de hijos”, lo que, desde luego, consideramos absolutamente reprochable y que debería ser objeto de sanción por parte tanto del legislador como del juez.

d) Desheredación y pérdida del derecho a alimentos

Finalmente, haremos referencia a otros mecanismos previstos en nuestro ordenamiento cuya importancia es relativa, ya que, más que evitar el incumplimiento del pago de las pensiones de forma inmediata, parecen haberse creado como figuras sancionadoras ante un impago ya cometido. En la práctica aparecen de forma residual y, desde luego, poca trascendencia tienen en el momento de producirse el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias.

En primer lugar, debemos citar el supuesto de que los progenitores que no hacen frente a las pensiones alimenticias puedan verse privados de la herencia de los hijos, en caso de premoriencia de estos, tal y como recoge el número 2.º del artículo 854 del Código Civil, que indica que “serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes [...] haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo”¹⁹⁸.

En segundo lugar, podemos referirnos al ordinal 4.º del artículo 152 de Código Civil, que recoge como causa de extinción del derecho de alimentos –y, por tanto, también como impedimento para su nacimiento– que el alimentista o futuro alimentista “hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación”. Basándonos en el mismo argumento, parece lógico que el progenitor que no haya suministrado alimentos a sus hijos tampoco tenga derecho a reclamarlos llegado el caso.

¹⁹⁸ Las causas de desheredación como limitativas de derechos –en este caso, del derecho legal de alimentos entre parientes– son de interpretación restrictiva. Esto implica que la causa de desheredación alegada para la extinción de alimentos o, en este caso, para impedir el establecimiento de una pensión, ha de estar cumplidamente acreditada, en atención asimismo a su propio fundamento, que no es otro que el de evitar que una persona se vea obligada legalmente a prestar alimentos a otra que ha tenido respecto a ella un comportamiento o conducta socialmente reprochable, y cuyo reproche recoge la ley como sanción al sujeto que en principio tiene el derecho privándole del mismo, evitando así el mantenimiento de una carga u obligación que ha perdido su fundamento o razón. La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela un interés privado e individual con base constitucional. La solidaridad familiar quiebra cuando concurre alguna de las causas contempladas en la ley como motivos de desheredación, que se configura como una excepción al deber de legítima, y, en lo que se refiere a los alimentos, como una excepción a la obligación legal que los impone, constituyendo un castigo o sanción a la persona que ha manifestado una conducta que, dentro del seno familiar, se considera atentatoria contra la dignidad, reprochable y que merece censura jurídica. La STS sala 1ª de 9 de julio de 1974 (EDJ 1974/456) expone que “la documentación aportada es más que suficiente para acreditar que el demandante, de forma reiterada, ha insultado y agredido a su madre hasta el punto de que no pueden convivir juntos. Dicha conducta agresiva e irrespetuosa puede calificarse de grave por su reiteración, concurriendo el hecho objetivo que constituye la causa de extinción de la obligación de alimentos, pero dicho maltrato se produce en el contexto de un trastorno de conducta grave y persistente desde la infancia”. Esta misma sentencia exigió como requisito para la desheredación que la causa fuera imputable al desheredado. La Resolución la DGRN de 3 de marzo de 2005 ha exigido que “el desheredado sea susceptible de imputación [...], tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación [...], se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente reprochable del acto que se le imputa”. Entendemos que el descendiente que incurre objetivamente en causa de desheredación debe reunir las condiciones mentales suficientes como para ser considerado responsable de sus propios actos, que la conducta haya sido realizada con discernimiento, no bastando la realización objetiva de dicha conducta. El juicio de reproche que constituye la causa de desheredación debe realizarse desde parámetros distintos a los que se aplican a una persona que se encuentra en plenitud de facultades volitivas y cognitivas, en el que la voluntariedad es clara. “En el caso planteado, la situación personal y mental del demandante impide que su conducta merezca el mismo reproche jurídico”. En esta línea se han manifestado también la SAP Asturias de 25 de febrero de 2015 (EDJ 2015/284151) y la SAP Salamanca de 8 de enero de 2016 (EDJ 2016/3088).

10.3. Repercusiones del incumplimiento en el derecho penal

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de esta tesis, el problema del impago de las prestaciones alimenticias alcanza tal nivel de complejidad que resulta imposible aplicar un único mecanismo para resolverlo. Aunque ya hemos examinado las cuestiones más controvertidas en relación con la pensión alimenticia de los hijos desde la perspectiva del derecho civil, consideramos que no podemos concluir este trabajo sin hacer referencia, por breve que sea, a las consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento del pago de la pensión en el ámbito del derecho penal.

El ordenamiento penal también ha tratado de ofrecer soluciones al incumplimiento en el pago de las pensiones con el fin de garantizar la protección de los intereses familiares teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, las respuestas dadas por el derecho civil son insuficientes. Sin embargo, en ningún caso nuestro ordenamiento permite utilizar la vía penal como sustitutiva de la vía civil, considerándose siempre la penal como el último recurso frente los incumplimientos más graves, por basarse siempre nuestro ordenamiento en el principio de la mínima intervención penal.

La persecución del incumplimiento del pago de las pensiones en el ámbito penal supone una peculiaridad del derecho español, pues debemos decir que ninguno de los países de nuestro entorno más cercano recoge preceptos penales específicamente dedicados al incumplimiento de las prestaciones derivadas de crisis matrimoniales, a excepción del derecho francés. Este último no solo considera necesario castigar el impago de las pensiones sino también perseguir la falta de notificación del cambio de domicilio y la organización fraudulenta de la insolvencia¹⁹⁹.

¹⁹⁹ El código penal francés data del año 1992, aunque su última versión es de enero de 2014. En su sección segunda recoge los delitos vinculados con el abandono de la familia, tipificados en los artículos 227-3 a 227-4-1. El artículo 227-3 (Ordenanza 2000-916, de 19 de septiembre, en vigor desde el 1 de enero de 2002) establece que “el hecho, cometido por una persona, de dejar de cumplir una resolución judicial o un convenio judicialmente homologado que imponga al interesado, en favor de un hijo menor, de un descendiente, de un ascendiente o del cónyuge, el pago de una pensión, una contribución, ayudas o prestaciones de cualquier clase debidas en virtud de alguna de las obligaciones familiares previstas en los títulos V, VI, VII y VIII del libro 1.º del código civil, permaneciendo más de dos meses sin cumplir íntegramente esta obligación, será castigado con dos años de prisión y multa de 15.000 euros. Las infracciones previstas en el primer párrafo del presente artículo serán asimiladas a abandonos de familia a los efectos de la aplicación del apartado 3.º del artículo 373 del código civil”. El artículo 227-4, introducido por la Ley 2001-504, de 12 de junio, expone: “El hecho de no

Con la tipificación del delito de impago de las pensiones en el artículo 227 del Código Penal, la jurisprudencia menor interpretó inicialmente que se protegía el derecho a la disolución de las relaciones matrimoniales, que depende en gran medida de la posibilidad de hacer efectivas las prestaciones económicas, tal y como exponen la SAP Barcelona de 4 de octubre de 1999 (EDJ 1999/42340), la SAP Murcia de 12 de abril de 2000 (EDJ 2000/13206), la SAP Madrid de 27 de abril de 2000 (EDJ 2000/21983), la SAP Zaragoza de 18 de abril de 2002 (EDJ 2002/24157) y la SAP Valladolid de 14 de marzo de 2002 (EDJ 2002/20449). Sin embargo, lo que en realidad se perseguía era el respeto al principio de autoridad y el mantenimiento del orden público, en el sentido de que el delito de impago de pensiones constituye una modalidad del delito de desobediencia a la autoridad contemplado en el artículo 556 del Código Penal. De forma aún más precisa, y teniendo en cuenta que la autoridad desobedecida en estos supuestos es la judicial, se estaría asimismo protegiendo el normal funcionamiento de la administración de justicia.

En la actualidad, puede detectarse cierto consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, en la afirmación de que el bien jurídico protegido frente a esta infracción está referido genéricamente a la familia, como manifiesta la STS sala 2ª de 13 de febrero de 2001 (EDJ 2001/3065), que alude en particular al cumplimiento de las obligaciones inherentes a las relaciones familiares.

En este sentido, la STS sala 2ª de 3 de abril de 2001 (EDJ 2001/7735) puntualiza que la figura delictiva tipificada en el artículo 227 constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código Penal una modalidad del tipo básico mediante la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos, en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado.

Por su parte, la SAP Badajoz de 30 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/270015) explica que se trata de un delito de mera actividad y no de resultado, que se consuma formalmente por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca “una efectiva situación de necesidad o falta de medios para el sustento del

notificar su cambio de domicilio al acreedor en un plazo de un mes a partir de dicho cambio, cometido por quien se encuentre en las condiciones previstas en el artículo 227-3, con obligación de pagar una pensión, una contribución, subsidios o prestaciones de cualquier clase, será castigado con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros”.

beneficiario de la prestación como consecuencia de la conducta típica, bastando para que se produzca la conducta la lesión o puesta en peligro real de la seguridad de la víctima”.

Con el mencionado artículo 227, el derecho penal reincorporó el impago de pensiones como delito específico; no se trata de un tipo novedoso, ya que fue tipificado por vez primera en la Ley de divorcio de 1932, cayendo en el olvido hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que lo incluyó en el artículo 487 bis.

Sin embargo, ha sido posteriormente cuando el legislador ha decidido modificar de nuevo el delito en el Código Penal de 1995, con la finalidad de perfeccionarlo y dotarlo, con la experiencia acumulada, de mayor claridad y eficacia.

Los delitos de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección se regulan en el Libro II, Título XII, de los delitos contra las relaciones familiares, y, en concreto, en la Sección 3.ª del Capítulo III del Código Penal, de los delitos contra los derechos y deberes familiares. El impago de la prestación económica debida ha de producirse durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos. La prestación económica será la establecida a favor del cónyuge o de los hijos “en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos”, según lo dispuesto en el artículo 227.1 del Código Penal. Así, la STS sala 2ª de 8 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/207234) establece que la cantidad de alimentos se fijó en un proceso civil, es decir, en un proceso “cuyos principios permiten la plena actuación del derecho de defensa en orden a la imposibilidad de atender la prestación a la que venía el obligado”. En estos casos, como indica la STS sala 2ª de 3 de abril de 2001 (EDJ 2001/7735), los elementos constitutivos del tipo delictivo son: “1.º la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio; 2.º una conducta omisiva por parte del obligado al pago consistente en el impago reiterado de la prestación económica fijada durante los plazos establecidos en el precepto, que actualmente son dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos; 3.º un elemento subjetivo configurado por el

conocimiento de la resolución judicial y la voluntad de incumplir la obligación de prestación que aquella impone”.

Atendiendo a estos requisitos, se deduce que el sujeto activo será únicamente el cónyuge o progenitor obligado –ya sea por convenio judicialmente aprobado o por resolución judicial que establezca la obligación del pago de la prestación económica–, lo que ha de entenderse como requisito de su tipicidad para definir esta infracción como un delito especial propio. En contrapartida, los sujetos pasivos serán el cónyuge o los hijos declarados beneficiarios de la prestación económica en el convenio judicialmente aprobado o en la resolución judicial.

En este sentido, debemos insistir en que no todo incumplimiento de las medidas civiles –en el caso que nos ocupa, del pago de las pensiones– constituye conducta delictiva, como pusieron de manifiesto la SAP Murcia de 12 de julio de 2016 (EDJ 2016/146305) y la SAP Baleares de 13 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/175255), que consideran que pueden concurrir circunstancias que justifiquen el incumplimiento de la obligación –como, por ejemplo, una imposibilidad objetiva para el cumplimiento de la obligación económica– o que determinen su atipicidad en el orden penal –incumplimiento carente de trascendencia, por ejemplo, en un retraso temporal irrelevante en el abono de la pensión–, permitiendo que el perjudicado obtenga resarcimiento por otra vía también hábil, pero menos traumática que la apelación al ordenamiento jurídico penal.

La STS sala 2ª de 28 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/259929) argumenta que el dolo en la conducta del acusado se infiere de forma racional a partir del impago de lo adeudado sin justificación alguna para esa conducta.

Sin embargo, aunque cada vez se interponen más denuncias por la vía penal, encontramos que este sistema carece de eficacia práctica como elemento disuasorio, ya que solo las conductas más graves y reiteradas son objeto de condena. Además, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, el artículo 227 del Código Penal sancionaba con la misma pena las dos conductas típicas que en él se regulan, “con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana”. Tras la citada reforma, la pena de arresto de fin de semana desaparece, pasando a sancionarse el incumplimiento de los “deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad [...] o de prestar la asistencia necesaria

legalmente establecida para el sustento de sus descendientes [...] con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”, según el artículo 226, que se refiere a supuestos en que no existe una resolución judicial que establezca una pensión. Y el artículo 227, que fija el delito específico de impago de pensiones acordadas en convenio regulador aprobado judicialmente o en resolución judicial, incrementa las penas, a partir de esta reforma legal del año 2003, con “prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”.

El aumento de las penas de prisión y las multas introducido por la nueva reforma no ha incrementado en ningún caso su capacidad disuasoria. Esto únicamente se lograría si la pena privativa de libertad superara los dos años –lo que obligaría a su cumplimiento efectivo– o se reformará expresamente el artículo 80.3 del Código Penal, de manera que se denegara la posibilidad de solicitar la suspensión de condena para aquellos que no hubieran cumplido con las responsabilidades pecuniarias de este delito, lo que, en consecuencia, obligaría a cumplir la pena privativa de libertad.

En nuestra opinión, si bien la vía penal solamente debe sostenerse para las conductas dolosas de mayor gravedad, debería volverse a la consideración de que, con su tipicidad, se comete un doble atentado contra bienes jurídicos protegidos: por un lado, por abandono de las obligaciones familiares y por otro, por desobediencia a la autoridad judicial. Debería buscarse el carácter reeducador o ejemplarizante de la condena, para lo cual proponemos que se recupere la pena de arresto de fin de semana o que se permita adoptar medidas más efectivas, como trabajos en beneficio de la comunidad o inhabilitaciones para cargo público, obligando igualmente a los condenados a realizar cursos de reeducación como penas accesorias, tal y como se hace ya en los supuestos de violencia de género.

Finalmente, podemos concluir que muchas de las soluciones que podrían evitar el incumplimiento del pago de la pensión se encuentran ya contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que únicamente sería necesario un cambio jurisprudencial que permitiera su aplicación. Por último, para que la imposición de cualquiera de estas medidas sea eficaz, resulta imprescindible emprender una serie de reformas que permitan agilizar los procedimientos y dotar de más medios físicos y tecnológicos a los juzgados, con el fin de garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

11. CONCLUSIONES

1.º A lo largo del presente trabajo, hemos podido observar cómo, a pesar de los enormes esfuerzos de doctrina y jurisprudencia por delimitar el contenido de los alimentos de los hijos que debe incluirse en la pensión, hasta la fecha no se ha podido fijar un concepto uniforme. Tras el estudio realizado y mi experiencia como letrado en ejercicio, he optado por definirlos en los siguientes términos: “todos aquellos gastos que los progenitores tienen capacidad de abonar referidos al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de los hijos menores de edad, y que se computan teniendo en cuenta un doble baremo; por un lado, el nivel de vida que la familia tenía hasta el momento de la ruptura y, por otro, la nueva situación económica que surge en torno a los progenitores y los hijos como consecuencia de la crisis familiar”.

Este concepto también puede ser aplicado a las pensiones de los hijos mayores de edad, siempre que estos no hayan terminado su formación por causas que no les sean imputables y sigan conviviendo en el domicilio familiar por carecer de independencia económica.

Mucho más complicado resulta establecer qué gastos concretos pueden incluirse dentro de la pensión alimenticia, lo que por razones de economía jurídica es omitido en el Código Civil. Esta concreción ha sido realizada por juzgados y tribunales que, analizando cada caso particular, han venido determinando qué gastos deben formar parte de dicha pensión y cuáles no. En este sentido, adquieren especial relevancia los usos y costumbres de la familia previos a la ruptura. Esto supone que las desigualdades sociales y económicas entre las familias incidan en la aplicación de la ley, cuando, en ciertas resoluciones judiciales, se incluyen determinados gastos dentro de la pensión alimenticia de los hijos, por pertenecer a una familia con determinado nivel económico, mientras que en otro ámbito familiar, los mismos gastos pueden considerarse extraordinarios, o incluso suntuarios, descartándose su inclusión dentro de los alimentos ordinarios por el hecho de que el poder adquisitivo de la familia es menor.

Por ello, consideramos que, en aras de evitar posibles desigualdades en el tratamiento de los hijos, sería conveniente elaborar un amplio catálogo de gastos que

sintetice la múltiple jurisprudencia existente sobre la materia y que sirva para determinar, por un lado, los gastos y supuestos que deben incluirse dentro de la pensión de alimentos ordinaria y, por otro, los que deberán pactarse entre los progenitores atendiendo a su carácter extraordinario, lo que sin duda serviría para resolver determinadas controversias sobre la materia, ayudando a disminuir los conflictos en los pleitos de familia.

2.º Al no existir ese catálogo que permita determinar qué gastos concretos pueden incluirse dentro de la pensión, se plantean multitud de controversias que, de una u otra manera, van a tener especial importancia en la práctica a la hora de determinar la pensión alimenticia de los hijos. En este apartado consideramos que debe tenerse especialmente en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor encargado de la guarda y custodia de los hijos menores –o mayores de edad que sigan conviviendo en el domicilio familiar por carecer de medios económicos. Dicha atribución de la vivienda familiar debe tener un evidente carácter alimenticio y –aunque cada vez es más tenido en cuenta por juzgados y tribunales–, en nuestra opinión, debería dársele un valor económico a la hora de computar el importe de la pensión, ya que esta atribución del uso de la vivienda supone un considerable ahorro para el progenitor con el que conviven los hijos que, de otro modo, tendría que incurrir en los gastos que implica alquilar o adquirir una nueva vivienda.

No podemos olvidar que la ruptura familiar va a suponer un incremento considerable de los gastos familiares, resultando en muchas ocasiones insostenible para el progenitor deudor de la pensión hacer frente, además de a sus propios gastos de sustento y vivienda, a los gastos relativos al sostenimiento de la sociedad de gananciales y otras cargas familiares; mientras que el progenitor custodio no solo percibe las pensiones, sino que también mantiene el uso del domicilio familiar, estando obligado a sufragar exclusivamente la mitad de las cargas familiares –entre las que, en la mayoría de las ocasiones, se encuentra la hipoteca familiar–, lo que habitualmente genera una situación de enorme desequilibrio entre ambos progenitores y contribuye a incrementar la conflictividad familiar.

En definitiva, la resolución judicial debe valorar económicamente el uso de la vivienda familiar de manera expresa, como una forma de pago en especie de la pensión de alimentos, lo que equilibraría los gastos y necesidades económicas de los dos núcleos familiares surgidos tras la ruptura familiar, dando un mayor margen para la negociación

entre las partes enfrentadas, lo que iría en beneficio del interés más necesitado de protección, que no es otro que el del menor.

Por otra parte, existen otras controversias derivadas de la reclamación de los gastos médicos de los hijos, con diferente resultado dependiendo del tipo de enfermedad de que se trate así como de las circunstancias familiares; si bien, analizando la múltiple casuística, podemos concluir que, salvo los referidos a enfermedades o tratamientos crónicos de los hijos del matrimonio ya conocidos en el momento de producirse la ruptura familiar –y que pueden computarse dentro de la pensión de alimentos–, debemos considerarlos gastos extraordinarios, cuya reclamación podrá efectuarse, dependiendo del supuesto, mediante el trámite de la ejecución de sentencia o, como medida urgente que afecta a la patria potestad –al amparo de los artículos 156 y siguientes del Código Civil–, por el nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria, de tal manera que el juez deberá resolver sobre la procedencia del gasto, la elección del tratamiento y del especialista y, en su caso, sobre el sistema para financiar el coste; todo ello teniendo en cuenta la necesidad de la atención médica y la gravedad de la enfermedad, y si su tratamiento está cubierto por la Seguridad Social o por un seguro médico privado ya contratado con anterioridad.

Sin embargo, en nuestra opinión, son los gastos relativos a la educación de los hijos los que, probablemente, mayores conflictos judiciales generan entre todas las decisiones que deben tomar los padres en el ejercicio de la patria potestad. Y es que, aunque ninguna duda cabe de que la educación de los hijos debe ser acordada por ambos progenitores, y que debe ser incluida en la pensión alimenticia ordinaria por tratarse de un gasto previsible y periódico, muchos de estos gastos representan el concepto alimenticio de mayor cuantía, especialmente cuando nos referimos a la matrícula en universidades privadas o a la realización de estudios en el extranjero, que sin duda han de ser decididos por consenso, teniendo en cuenta su coste, por lo que, a pesar de ser gastos ordinarios, se les debería aplicar el mismo tratamiento que a los llamados gastos extraordinarios, pues difícilmente puede obligarse a un progenitor, que disponga de la misma capacidad económica que se tuvo en cuenta para establecer la pensión, a asumir un gasto que implique un desembolso de tal calibre, lo que supondría su indefensión más absoluta.

La práctica diaria de juzgados y tribunales tiende a delimitar cada vez más los gastos que pueden establecerse fuera de la pensión ordinaria; sin embargo, muchos de

estos gastos que durante la vida en común han sido aceptados de forma pacífica y consensuada por ambos progenitores se convierten en objeto de discusión entre ellos cuando se inicia el conflicto familiar, lo que obliga a tomar una decisión al respecto – tras realizar el pertinente análisis de la necesidad, la previsibilidad y la periodicidad del gasto–, teniendo en cuenta si dicho desembolso se venía produciendo con anterioridad a la ruptura familiar; en este último caso, podría interpretarse como un signo de consentimiento tácito del gasto, atendiendo a la teoría de los actos propios.

3.º El deber de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores nace de la patria potestad; debiendo darse estos en su vertiente más amplia, ya que los hijos menores de edad son los más sensibles a los avatares de la vida cotidiana. El juez será quien determine la contribución de cada progenitor, basándose en el criterio de proporcionalidad que debe regir la cuantía de los alimentos respecto de los medios de cada uno de los progenitores, así como de las necesidades de los hijos que deben cubrirse, atendiendo al nivel de vida familiar mantenido con anterioridad a la ruptura familiar. Ahora bien, consideramos imprescindible hacer una reflexión en relación a la enorme dificultad que en muchas ocasiones conlleva mantener dicho nivel de vida de los hijos como máxima expresión del llamado interés más necesitado de protección, cuando, como ya hemos advertido en la conclusión anterior, lo normal es que, como consecuencia de la ruptura de los padres, los gastos de los progenitores se multipliquen considerablemente al tener que sostenerse dos hogares familiares, mientras que los recursos económicos siguen siendo los mismos, lo que lleva a poner en entredicho la extrema protección que en ocasiones se hace por parte de los tribunales de las pensiones de los hijos, sin tener suficientemente en cuenta la situación económica en la que queda el progenitor deudor, lo que puede poner en peligro el pago de las futuras pensiones.

En este orden de cosas, también podemos afirmar que la prolongación de la convivencia de los hijos en el domicilio familiar una vez cumplida la mayoría de edad, como consecuencia de su dependencia económica, es un hecho sociológico totalmente aceptado, lo que conlleva que aquellos que cursen estudios tengan derecho a una pensión de alimentos hasta que alcancen la independencia económica. En estos casos, el juez, dentro de sus amplias facultades, determinará qué alimentos deben abonarse; eso sí, atendiendo a los límites establecidos por el artículo 142. Si bien, a diferencia de los hijos menores de edad –cuyo nivel mínimo adecuado de subsistencia debe ser garantizado con carácter obligatorio y necesario por el padre y la madre–, la

contribución del progenitor al hijo mayor de edad podrá ser inferior a lo necesario cuando el progenitor sufra limitaciones económicas.

Sin embargo, dicha afirmación no puede llevar a conclusiones erróneas, ya que es evidente que en ningún caso puede aceptarse que existen hijos de primera división, que gozan de la máxima protección por el hecho de ser menores de edad, y otros de segunda división desde el mismo momento en que cumplen los dieciocho años, cuando, en la práctica, estos últimos se encuentran en idéntica situación de dependencia y necesidad con respecto a los padres que los hijos menores. Precisamente es a partir de esa edad cuando se hace necesario que su formación sea más completa, lo que conlleva que la pensión de alimentos se prolongue varios años más allá del momento en que los hijos alcanzan la mayoría de edad.

Lo manifestado anteriormente no es óbice para que, en nuestra opinión y a pesar de la difícil coyuntura económica actual –que retrasa progresivamente la salida de los hijos del hogar familiar–, se haga cada vez más necesario contemplar la posibilidad de limitar en el tiempo el pago de la pensión con el objetivo de acabar con los casos en que los hijos abusan de su situación y pretenden ser mantenidos de forma indefinida sin realizar esfuerzo alguno por lograr la independencia, lo que debe llevar a juzgados y tribunales a mostrarse menos permisivos con los supuestos de absentismo escolar o laboral de los hijos, cuando en ocasiones se mantienen pensiones alimenticias para hijos que rondan los treinta años de edad sin haber quedado acreditado su aprovechamiento o su esfuerzo en sus obligaciones académicas o profesionales.

4.º Un asunto importante que se nos plantea a los abogados en la práctica profesional a la hora de tratar la reclamación de los alimentos de los hijos es la cuestión de la retroactividad de la pensión alimenticia aplicada al momento de interposición de la demanda. Es cierto que dicha retroactividad solamente es aplicable a la primera resolución que fija el pago de la pensión y no se aplica en ningún caso a las medidas posteriores de modificación de la cuantía, lo que resulta más que razonable pues, si se exigiese la devolución o el pago de la diferencia de las pensiones que se pretenden modificar, al alza o a la baja, con los subsiguientes procedimientos, se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica.

Apoyamos la idea de que las pensiones alimenticias establecidas en sentencias de instancia deben cumplirse conforme a lo dispuesto en la propia sentencia; y que, en

consecuencia, deben desplegar toda su eficacia desde el momento en que se dicta la misma, todo ello sin perjuicio de que su contenido pueda ser objeto de recurso.

Sin embargo, en nuestra opinión, es necesario reflexionar sobre la aplicación de la retroactividad de las pensiones alimenticias al momento en que se interpuso la demanda, ya que puede dar lugar a situaciones enormemente injustas como consecuencia de los retrasos que, en ocasiones, sufre la tramitación de los procedimientos judiciales. La resolución judicial que fija la pensión puede tardar varios meses en ser dictada, lo que obliga al deudor de la pensión alimenticia a pagar varias mensualidades atrasadas en el momento en que se dicta esa primera resolución, además de las mensualidades que se vayan devengando. El mero hecho de oponerse a la pensión reclamada y ejercitar el derecho de defensa puede alargar aún más el proceso y convertir la obligación en el momento de su devengo en una carga inasumible para el progenitor deudor.

En este sentido, se nos antoja imprescindible que la aplicación del artículo 148 del Código Civil se haga con carácter restrictivo, para lo cual sería necesario que el juez hiciese uso de su facultad moderadora al aplicar la retroactividad de las pensiones alimenticias de los hijos, especialmente en aquellos casos en que, como consecuencia del retraso en los trámites del procedimiento, pueda llegar a atentarse contra el principio de seguridad jurídica así como contra los derechos y las garantías procesales del progenitor deudor, lo que, una vez más, puede comprometer el pago de futuras pensiones.

5.º La propia dinámica vital supone que la cuantía de los alimentos vaya reduciéndose o incrementándose a lo largo de la vida de los hijos en proporción al aumento o a la disminución de sus necesidades y a la capacidad económica de los padres, en relación con lo establecido en el artículo 147 del Código Civil. La pensión debe ir adecuándose a las vicisitudes que puedan presentarse –como, por ejemplo, la realización de estudios universitarios o el abandono de los mismos–, así como a las circunstancias económicas, profesionales o personales de los progenitores –como la pérdida del empleo, el nacimiento de nuevos hijos, etc.– o de los propios hijos, como el abandono o la falta de diligencia en los estudios o en el acceso al mercado laboral; ya que, cuando se fijan las pensiones, no pueden tenerse en cuenta circunstancias futuras.

Todas estas eventualidades propias de la vida misma afectan de tal manera al ámbito familiar que suponen que, en la mayoría de los casos, deba modificarse la pensión de alimentos una o varias veces a lo largo de las diferentes fases del desarrollo de los hijos, hasta su extinción, a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, lo que contribuye a incrementar la conflictividad familiar.

Las diversas situaciones familiares que pueden plantearse llevan normalmente al progenitor deudor a solicitar la modificación de la pensión de alimentos de los hijos, que puede modificarse de diferentes maneras. En algunas ocasiones, la modificación afecta a su importe o a su cuantía, pero en otras ocasiones afecta también a la propia obligación de pagarla, como cuando se solicita la suspensión del pago de la misma, su limitación temporal o su extinción definitiva.

En nuestra opinión, de todas las posibles formas de instar la modificación de la pensión de alimentos, la suspensión temporal en el pago de los alimentos de los hijos es la que mayores controversias genera en la práctica, ya que solo podrá llevarse a cabo cuando, de forma sobrevenida y existiendo un ánimo de cumplir con la obligación alimenticia, el progenitor no pueda afrontarla por carecer de medios económicos, o bien cuando el hijo mayor de edad realice algún tipo de trabajo por el que obtenga ingresos similares a los de la pensión alimenticia. En ambos casos, finalizada la causa que dio origen a la suspensión de la pensión, se entenderá que vuelven a concurrir los requisitos para reanudar su abono, lo que suele conllevar una continua sucesión de procedimientos judiciales que puede no tener fin, al existir una situación económica inestable; lo que unido a la falta de agilidad en el funcionamiento de juzgados y tribunales implica que, en muchas ocasiones, las resoluciones judiciales lleguen tarde o carezcan de la eficacia necesaria.

La cuestión del “mínimo vital” es uno de los supuestos que justifican la petición de suspensión, de modificación e, incluso, de extinción de la pensión de alimentos. Es por ello por lo que consideramos que los tribunales no pueden ser ajenos –y menos en los actuales tiempos de crisis económica– a la situación del progenitor obligado al pago que no puede hacer frente ni a sus gastos más imprescindibles para vivir y que, en consecuencia, difícilmente podrá pagar las pensiones alimenticias de sus hijos, por mucho que estas se consideren merecedoras de la máxima protección. Es indudable que, en estos casos, el juez deberá acordar la suspensión temporal de la pensión mientras dure la situación de insolvencia; si bien, en aras de salvaguardar el interés más

necesitado de protección, consideramos que el juzgado debería establecer un control exhaustivo sobre la capacidad del deudor y sobre los futuros medios económicos que pueda obtener, con el fin de restablecer la pensión del hijo desde el momento en que el progenitor perciba los ingresos suficientes para hacer frente a la pensión.

Por ello entendemos que hay que admitir solo muy excepcionalmente –y con un criterio restrictivo y temporal– la suspensión de la obligación, que debe ser valorada al producirse un conflicto entre intereses extremos: entre el deber de mantener a los hijos y el de la propia supervivencia del progenitor.

Mucho más complicado, en nuestra opinión, resulta determinar cuál es el límite mínimo a partir del cual ya no se pueden satisfacer las necesidades más básicas del progenitor deudor, máxime cuando la suspensión de la pensión supone un perjuicio para las necesidades más básicas de los hijos. Es evidente que en los casos en que los recursos son extremadamente escasos debe ser el juez el que analice y cuantifique ese límite para cada supuesto concreto. Para ello, deberán tenerse en consideración todos los factores que hayan podido conducir a este extremo: si la situación de insolvencia ha sido provocada de forma dolosa o culpable por el propio deudor de la pensión, las posibilidades de acceso al mercado laboral presentes o futuras del progenitor deudor y, especialmente, si los medios económicos con los que cuenta el progenitor que ha venido administrando la pensión de alimentos son suficientes para que los hijos menores de edad no queden en situación de desamparo.

En nuestra opinión, los problemas económicos que afectan no solo a los grupos sociales más desfavorecidos sino también a las clases medias –lo que se pone de manifiesto en las encuestas, como cuando, en el año 2014, el 16,1 % de los hogares españoles manifestaba llegar a fin de mes “con mucha dificultad”, y el 42 % reconocía no tener capacidad para afrontar gastos imprevistos– han tenido, sin duda, repercusión directa sobre el pago de las pensiones de alimentos de los hijos, redundando en un aumento del número de controversias judiciales en los últimos años.

6.º Por otra parte, debemos incluir en nuestras conclusiones la cuestión relativa a la competencia judicial para la reclamación de alimentos y, en particular, la referida a las reclamaciones de pensiones alimenticias de los hijos que se efectúan en España entre españoles; para lo que existen una serie de normas específicas, consignadas en los artículos 769.3, 775 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permiten determinar

qué juzgado será competente para conocer de ellas. En este punto, se plantean dos posibilidades.

Por un lado, dependerá del fuero del domicilio –según haya sido o sea todavía el lugar de residencia de los progenitores y de los hijos menores de edad–; por otro lado, del tipo de procedimiento que se plantee, dentro del ámbito matrimonial –el procedimiento para la reclamación de alimentos será, en este caso, el de separación, divorcio o nulidad matrimonial– o de la pareja de hecho –procedimientos de medidas de patria potestad, guarda y custodia o medidas paternofiliales.

Ambos tipos de procedimiento –el matrimonial o el de pareja de hecho– constituirán la pieza principal; sin embargo, las pensiones alimenticias también pueden reclamarse mediante procedimientos incidentales a partir de estos principales –es decir, mediante procedimientos de medidas provisionales previas, de medidas provisionales coetáneas y de jurisdicción voluntaria, este último recientemente creado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria– cuando se solicite una decisión urgente dentro del ámbito del ejercicio de la patria potestad, como puede ser la modificación de la pensión alimenticia.

Los mencionados artículos 769.3, 775 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan todas las posibles situaciones de hecho a efectos de determinar el juzgado competente para conocer de la controversia en torno al pago de la pensión de alimentos; estableciendo como fuero general dentro de los pleitos matrimoniales el del juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal o, en su caso, el del lugar de residencia del demandado o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes; mientras que en el resto de las reclamaciones primará el lugar de residencia del hijo, siempre que sea menor de edad.

Sin embargo, la reciente reforma del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contenida en la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha tenido una incidencia fundamental en la determinación del tribunal competente para conocer de aquellos procedimientos en los que se solicita la modificación de la pensión alimenticia, atribuyendo de nuevo la competencia al tribunal que había dictado la sentencia que contenía las medidas que ahora se pretenden modificar, cambiando así el criterio que se venía siguiendo hasta la fecha, que establecía como juez competente el del lugar de residencia del menor, al entenderse que la modificación de medidas constituía un procedimiento independiente de aquel que fijó la pensión inicial.

7.º La cuestión de la competencia en el ámbito de la Unión Europea se antoja mucho más compleja cuando lo que se pretende es reclamar la prestación de alimentos a una persona que reside en otro país o tiene distinta nacionalidad; lo que supone que el justiciable tenga que plantearse cuestiones como dónde reclamar las pensiones, qué ley debe aplicarse a la obligación o si se puede ejecutar la obligación de alimentos en un Estado diferente al de la autoridad que fijó la prestación.

Varios instrumentos internacionales han dado respuesta a estas cuestiones que, subsidiariamente, habrán de ser resueltas conforme a nuestra normativa interna y dependiendo del objetivo que se persiga y de los elementos fácticos de cada caso concreto. En este ámbito, serán de aplicación diferentes normas.

Para reclamar alimentos a una persona que resida en el extranjero, sin necesidad de litigar personalmente ante los órganos jurisdiccionales foráneos y a través de organismos que colaboran entre ellos, podrá acudir al mecanismo articulado en el Convenio de 20 de junio de 1956, de las Naciones Unidas, sobre la obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York.

Por otra parte, si se opta por acudir personalmente a la vía judicial, dependiendo del Estado en que se efectúe la reclamación o del que emane la resolución a ejecutar, habrán de aplicarse las normas internacionales creadas al respecto. Para determinar la competencia judicial internacional serán de aplicación las normas del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, y del Reglamento (CE) n.º 4/2009, del Consejo. Aparte de estos convenios, desde el año 2010 se aplica el Convenio de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano y suscrito por la Comunidad Europea junto con Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza. En el caso particular de Uruguay y al margen de los anteriores instrumentos, se aplica el artículo 7 del Convenio de 4 de noviembre de 1987, entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores.

Si la anterior normativa no resulta de aplicación, en España son aplicables los foros de los artículos 22 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La ley aplicable a las obligaciones alimenticias se determina en el Protocolo de la Haya, de 23 de noviembre de 2007, en vigor desde agosto de 2013, por remisión tanto del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de

2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, como del artículo 9.7 del Código Civil, tras la redacción que le fue dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Para obtener el reconocimiento y la ejecución de la prestación alimenticia fuera de las fronteras del país de la autoridad que fijó esa obligación, son aplicables las normas del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 y las del Reglamento (CE) n.º 4/2009 y, fuera de ese ámbito, será de aplicación el Convenio de 23 de noviembre de 2007, sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y Otros Miembros de la Familia, hecho en La Haya. Al margen de dichos instrumentos internacionales, España ha suscrito varios tratados bilaterales para el reconocimiento y la ejecución en materia civil que incluyen este ámbito o, al menos, no lo excluyen.

Finalmente, para conseguir que sea reconocida y ejecutada en España una decisión en materia de alimentos originada en un Estado que no sea parte de ninguno de los anteriores instrumentos internacionales (multilaterales o bilaterales), habrá de estarse a lo establecido en los artículos 41 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, si bien España prevé no reconocer las resoluciones judiciales extranjeras firmes en materia de alimentos cuando sean contrarias al orden público o se hayan dictado con manifiesta infracción de los derechos a la defensa de cualquiera de las partes.

Para el estudio de las legislaciones específicas analizadas en este trabajo hemos seguido no solo los criterios de cercanía geográfica, como en los casos de Marruecos y Argelia, y de influencia cultural, como es la relación que España mantiene con los países de Hispanoamérica, sino también el de la experiencia profesional concreta que el autor de esta tesis ha tenido con los súbditos de algunos de los países cuya legislación se ha analizado, como son los casos de Argentina, Ecuador y Bolivia.

En nuestra opinión, las enormes diferencias culturales existentes entre Europa y los países del norte de África dificultan enormemente la aplicación recíproca de las sentencias dictadas por los tribunales de dichos Estados sin que se vean conculcadas las normas de competencia judicial y el orden público del Estado receptor de la resolución que se pretende aplicar; pues las diferencias jurídicas en cuanto a la concepción del derecho de familia son extremas y pueden sintetizarse, entre otras, en la falta de

igualdad entre hombre y mujer y en la atribución en exclusiva al padre de la patria potestad de los hijos.

Ahora bien, en el ámbito exclusivo de las pensiones alimenticias de los hijos reconocidas judicialmente, la cuestión debería de ser más fácil de articular, al menos en los supuestos en que se solicita el pago de la pensión del padre para los hijos, teniendo en cuenta que tanto la legislación española como la marroquí y la argelina –más allá de los diversos matices, límites y particularidades de cada una de ellas– reconocen la obligación de mantener a los hijos, cuando menos, a la figura paterna.

Por el contrario, existe una mayor proximidad de las legislaciones en materia de familia entre el derecho español y el derecho iberoamericano y, en particular, en lo que se refiere a los alimentos de los hijos.

No obstante, en la práctica diaria, los letrados en ejercicio nos encontramos con la enorme dificultad que supone ejecutar estas resoluciones ante la carencia de medios materiales de los tribunales de ambos Estados, así como por la falta de cooperación de las autoridades cuando el estado iberoamericano es receptor de la resolución de ejecución; lo supone que no siempre se pueda cumplir con la obligación de pago de las pensiones de alimentos de los hijos en los términos establecidos en las sentencias y, cuando se logra, se produce con tal retraso que el objeto de la prestación alimenticia queda totalmente desvirtuado.

8.º La actual crisis económica ha supuesto la multiplicación de los procedimientos de familia referidos a separaciones, divorcios y medidas paternofiliales, siendo especialmente notable el incremento de los procedimientos de modificación de medidas que afectan de manera directa o indirecta a la pensión alimenticia de los hijos – que se han incrementado, entre 2007 y 2015, en más de un 145 %. Esto se debe, fundamentalmente, a las dificultades que encuentran los progenitores para mantener el nivel de vida de sus hijos como consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo, el cierre de empresas, los expedientes de regulación de empleo, la disminución y la pérdida de salarios, etc.; en definitiva, un cúmulo de circunstancias que, sin duda, condiciona todos los aspectos relativos a la economía de la familia. Esto conlleva un fuerte incremento de la conflictividad familiar, que se traduce en un aumento de la litigiosidad en los juzgados de familia, creciendo de forma desorbitada las peticiones de disminución o extinción de las pensiones, en unos casos, y, en otros, la solicitud de incremento de la cuantía de la pensión cuando el afectado por la crisis económica es el

progenitor custodio; todo ello sin perjuicio de que se produzcan otras solicitudes de cambios de medidas vinculadas a la disminución de otras cargas o a la liquidación del patrimonio familiar.

Habiendo expuesto una serie de conclusiones en torno a los principales problemas prácticos de la pensión alimenticia, consideramos imprescindible proponer una serie de reformas legislativas que pueden ayudar a resolver las múltiples dificultades que surgen al abordar la reclamación de alimentos en los pleitos de familia. Para resolverlas, tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, sería necesario, en muchas ocasiones, emprender cambios legislativos; en otras ocasiones bastaría con trasladar alguna de las soluciones propuestas por las normas autonómicas – como el código catalán o las leyes aragonesa y vasca– al ámbito estatal, o con aplicar con mayor determinación las soluciones ya previstas en nuestro ordenamiento.

Una de las soluciones que proponemos pasaría por reformar el Código Civil para establecer una edad que permita delimitar el pago de la pensión y el momento a partir del cual podría procederse a su extinción, y que podría fijarse en torno a los veintiséis años, solución que ya ha sido incorporada por el derecho aragonés; no obstante, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, el juez podría señalar una edad distinta. Esto supone que la prestación de alimentos se conceda por un tiempo prudencial, exigiéndosele al alimentista el pleno aprovechamiento de sus estudios, al prever ya de antemano la extinción de la pensión. Esta medida podría ser un incentivo para evitar la apatía o la vagancia del hijo y, en todo caso, para motivarle a que finalice con éxito su período formativo y logre la independencia económica. De este modo, para que se produzca cualquier prórroga de los alimentos, será necesario que el alimentista acredite un óptimo rendimiento.

En la actualidad, el Tribunal Supremo sigue sin dar una solución a esta cuestión, manteniendo la falta de concreción en sus múltiples sentencias –como, entre otras, la STS sala 1ª de 8 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/178311) y la STS sala 1ª de 17 de junio de 2015 (EDJ 2015/105437)–, en las que reconoce que las pensiones alimenticias de los hijos son una de las materias más controvertidas, pues tanto el legislador como la jurisprudencia deben tratar de conciliar la obligación que tienen los hijos de esforzarse por formarse, con el fin de acceder al mercado de trabajo, con las numerosas dificultades que probablemente encontrarán para independizarse.

9.º Otra medida que podría ayudar a reducir la litigiosidad sería reformar el Código Civil aplicando la jurisprudencia más actual que considera la custodia compartida como régimen preferencial, lo que permitiría reducir la tensión familiar y tendría una finalidad reequilibradora, ya que, en caso de ingresos parejos, cada progenitor asumiría los gastos ordinarios del hijo mientras estuviera en su compañía, costeando los extraordinarios –incluidas la educación y la atención sanitaria– a medias.

Mientras la jurisprudencia más tradicional considera que al establecer la custodia compartida no sería preceptiva la fijación de una pensión de alimentos, sino que cada progenitor debería asumir los gastos de los hijos cuando se encontrasen en su compañía, las interpretaciones más modernas estiman que el hecho de que ambos progenitores compartan la custodia no altera su obligación de participar en el mantenimiento de los hijos en proporción a sus posibilidades económicas.

Por ello, el establecimiento de la custodia compartida no supone la imposibilidad de fijar una pensión de alimentos para los hijos menores, que deberá ser administrada “por uno de los progenitores en peor situación económica, con la finalidad de atender las necesidades de aquellos durante el periodo de tiempo que se encuentren en su compañía”. Esta forma de custodia se encuentra prevista en el derecho de familia catalán, que presenta la guarda conjunta como la modalidad óptima para el ejercicio de las responsabilidades parentales, en el sentido de que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa que los periodos de estancia de cada uno de los progenitores con sus hijos sean igualitarios, ya que hay multitud de funciones diarias relacionadas con los hijos que difícilmente pueden ejercerse de forma conjunta –recogidas y entregas en el colegio, visitas médicas, compra de ropa y otros enseres habituales, etc.–, pero que con el sistema anterior eran ejercidas exclusivamente por el titular de la guarda y custodia.

Este sistema eliminaría los conflictos y las dinámicas de ganadores y perdedores, favoreciendo la colaboración de ambos progenitores en los aspectos afectivos, educativos y económicos, sin suponer necesariamente la eliminación de las pensiones alimenticias.

10.º En este mismo orden de cosas y con independencia del tipo de custodia que se determine, consideramos interesante plantear la posibilidad de que se modifique la forma en que se pagan las pensiones alimenticias de los hijos. Actualmente, en la práctica judicial y a tenor de lo dispuesto en el Código Civil, solamente se cuantifica la

pensión que debe abonar el progenitor no custodio, lo que no se hace en el caso del progenitor que vive con los hijos menores, a pesar de tratarse de una obligación que es indisponible y atribuible a ambos progenitores. Atendiendo a lo establecido en el artículo 93.1 del Código Civil, no existe impedimento para llevar a cabo esta medida, siempre que ambos progenitores tengan capacidad económica.

Además, si tenemos en cuenta la distinta naturaleza de los gastos en los que puede incurrir una familia, esta medida permitiría que las sentencias delimitaran claramente el importe exacto con el que cada progenitor ha de contribuir a los alimentos de los hijos, debiendo obligarse, en la propia resolución judicial, a ambos progenitores a abrir una cuenta bancaria separada que sirva para administrar las pensiones de manera conjunta. Este sistema evitaría confusiones sobre qué gastos –incluidos los de vivienda– forman parte de los alimentos de los hijos, y permitiría separarlos de las controversias que puedan surgir entre los progenitores sobre otros gastos ajenos a los hijos, como las cargas del matrimonio, de la sociedad de gananciales o gastos de otra naturaleza. Además, se obligaría a ambos progenitores a consensuar todos los gastos de los hijos y, en definitiva, a llegar a acuerdos sobre las decisiones de mayor importancia.

En este mismo apartado, debemos insistir en que la vieja concepción del pago de la pensión alimenticia por parte del progenitor no custodio al custodio, que es quien la administra, constituye una fuente constante de conflictos y de deterioro de la convivencia que, sin duda, repercuten en el bienestar de los hijos. Tampoco la creación de tablas para el cálculo de las pensiones ni los sistemas mixtos para abonarlas se han mostrado eficaces a la hora de resolver conflictos entre los progenitores.

Entre las diferentes formas de pago que permitirían disminuir, en cierta medida, la tensión entre los padres habría que contemplar la posibilidad –en el supuesto de que los hijos sean mayores de edad, y bajo determinadas condiciones– de que el juez asignara la pensión de alimentos directamente a los hijos. Esta regulación ya se encuentra presente en la ley autonómica vasca, si bien consideramos que deberían puntualizarse determinadas cuestiones, como qué cargas o gastos familiares deben cubrirse con la pensión, en qué supuestos debe abonarse, cómo debe estipularse su contenido, etc., no pudiendo trasladarse al juez toda la responsabilidad de la decisión, como parece hacer el derecho vasco.

Cuando no pueda determinarse el importe mensual de la pensión alimenticia por la imposibilidad de conocer los ingresos reales del progenitor –como consecuencia de la

irregularidad con que los percibe—, puede plantearse la solución de establecer, en la resolución que fija el pago de la pensión, el abono, en concepto de alimentos, de un porcentaje sobre los ingresos que se devenguen en cada momento; en ese caso, sería necesario que el progenitor deudor se comprometiese a aportar sus datos económicos y fiscales de forma periódica y sistematizada, lo que nos hace dudar de la eficacia de la medida, teniendo en cuenta el marco legal y pasional en el que se plantea la problemática.

Valorar los ingresos reales de una persona que realiza una actividad empresarial —ya sea como persona física o como persona jurídica— resulta bastante complicado, no solo por los vaivenes económicos que puede sufrir cualquier trabajador o empresario, sino también por lo laborioso de analizar pormenorizadamente todos los ingresos recibidos, deduciendo los gastos y los impagos que pueda sufrir. Esto implica que, en muchos pleitos de familia, sea necesario acudir a expertos financieros o contables que calculen cuál es la realidad económica del deudor, lo que dilata la duración del procedimiento e incrementa su coste económico.

En consecuencia, la propia resolución debe tratar de objetivar, en la medida de lo posible, cualquier pensión de alimentos sometida a variabilidad mediante la aplicación de criterios claros y concretos que permitan calcular el importe de la pensión en virtud de las retribuciones que pueda recibir el progenitor deudor, así como su actualización.

Y es que, si la pensión no se cuantifica de forma concreta en función de los rendimientos netos de las actividades profesionales que realice el deudor de la misma, los posibles pactos a que puedan llegar los progenitores o las resoluciones judiciales que pueda adoptar el juez quedarán desvirtuados y sometidos a interpretación, en continuas ejecuciones de sentencia o modificaciones de medidas, en el momento en que cualquiera de los progenitores muestre la más mínima disconformidad, lo que sin duda perjudica los intereses de los hijos del matrimonio.

Sin embargo, en defensa de esta postura se ha pronunciado la STS sala 1ª de 22 de julio de 2015 (EDJ 2015/161342) que, en aras de proteger la obligación de prestar alimentos, fijó la pensión abonable por el demandado en un 10 % de los ingresos que se acrediten como percibidos por el deudor. No obstante, debemos advertir de la enorme dificultad práctica que presenta este sistema, no solo en lo que se refiere a la articulación de la pensión, sino también a la forma que han de adoptar las reclamaciones y su ejecución.

11.º Un mayor impulso de la mediación puede contribuir a resolver los continuos problemas que surgen en torno a la reclamación de la pensión de alimentos, pues el empleo de técnicas de negociación que eviten el enfrentamiento entre las partes no solo puede reducir la litigiosidad familiar, sino que también ayudaría a solucionar el principal problema del sistema judicial español, que a veces lo hace absolutamente ineficaz y que no es otro que la saturación de juzgados y tribunales. La mediación trata de resolver el conflicto con mayor rapidez, con mayor satisfacción, con menor coste económico y con la intervención directa de las partes implicadas; así, una vez alcanzado el acuerdo, las partes pueden iniciar un proceso judicial consensuado para su homologación, tal y como contempla expresamente el apartado 2.º del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12.º Por otro lado, una mayor implantación, difusión y ampliación del fondo de garantía de pensiones –en cuanto instrumento creado por el Estado para proteger a los menores en casos de máxima necesidad– lo convertirían en un instrumento especialmente útil para aliviar la profunda crisis económica que vivimos, pues evitaría situaciones de abandono o desamparo derivadas del incumplimiento de las obligaciones alimenticias por parte de los progenitores deudores, sin que su cobertura implique que las pensiones de alimentos queden subsidiadas.

Sin embargo, la difícil coyuntura económica que atraviesa el país ha supuesto que la dotación del fondo alcance exclusivamente para cubrir los casos más extremos, con el fin de evitar situaciones de pobreza, no pudiendo ampliarse su cobertura a otras deudas alimenticias que, sin ser extremas, sean necesarias.

13.º El resto de soluciones que pueden proponerse para evitar el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias debe formularse desde el ámbito judicial, con una finalidad disuasoria, mediante la imposición de diferentes sanciones legales graduadas en función de la gravedad y la voluntariedad del incumplimiento. La mayor parte de estas soluciones existen ya en nuestro ordenamiento, si bien, en muchas ocasiones, se carece de los medios necesarios para aplicarlas ágilmente. Esta falta de eficacia podría evitarse dotando a juzgados y tribunales de más medios físicos y tecnológicos para perseguir el cumplimiento de las resoluciones judiciales que fijan las pensiones alimenticias, mediante la aplicación de medidas cautelares y ejecutivas con la inmediatez necesaria para garantizar su efectividad.

Por otra parte, observamos que los propios juzgados y tribunales se muestran reacios a aplicar algunas de las medidas previstas en el ordenamiento, a pesar de que, en ocasiones, puede derivarse un eventual perjuicio moral o personal para el hijo menor de edad de la privación económica que supone el incumplimiento del pago de la pensión por parte del progenitor deudor.

Consideramos que los tribunales, en aras de lograr la máxima protección del interés del menor como una cuestión de orden público, deberían aplicar con mayor asiduidad algunas de las medidas coercitivas previstas en el Código Civil, como la privación de la patria potestad o del régimen de visitas, en aquellos supuestos en los que se produzca un incumplimiento grave, reiterado y doloso por parte del progenitor deudor. No podemos olvidar que la obligación de dar alimentos es la más esencial de cuantas obligaciones tiene todo padre con respecto a sus hijos; por lo que difícilmente puede considerarse conveniente para el menor el contacto con un progenitor que no cumple con su deber más básico, que no es otro que el de alimentar a sus propios hijos. La privación del régimen de visitas e, incluso, de la patria potestad han sido admitidas por nuestra jurisprudencia en los casos en que existía un riesgo grave para la integridad física o psíquica del menor; no entendemos, por ello, la diferencia entre la gravedad de una y otra conducta, ni el criterio para establecer los límites de aplicación de estas medidas.

Finalmente, la declaración de prodigalidad en aquellos supuestos en que el incumplimiento en el pago de la pensión deriva de la falta de capacidad económica alegada por el progenitor deudor puede ser un instrumento legal interesante para asegurar la conservación de su patrimonio y, en consecuencia, el cumplimiento de los deberes. En estos casos, sería necesario nombrar a un curador que administrase y controlase la actividad del deudor, lo que evitaría que los hijos sufrieran las consecuencias de la conducta negligente del progenitor obligado al pago que, debido a su mala praxis personal o empresarial, queda en un estado de necesidad que le impide hacer frente a sus obligaciones. Igualmente, la actividad del curador permitiría conocer la situación económica real del progenitor y, de este modo, evitar posibles simulaciones, insolvencias provocadas y, en definitiva, fraudes legales.

14.º Para concluir, queremos añadir que las soluciones aquí planteadas tendrían mayor eficacia si todos los operadores jurídicos coincidieran en la necesidad de crear una jurisdicción de familia, formada por jueces, magistrados, funcionarios, fiscales y

letrados especializados en esta materia, que pudieran apoyarse en unas normas procesales y sustantivas adaptadas a la problemática existente, para, en primer lugar, resolver con mayor conocimiento y eficacia las cuestiones que afectan a las pensiones y, en segundo lugar, agilizar los procedimientos con objeto de lograr una mayor inmediatez en el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Todo ello ayudaría, en definitiva, a solucionar los problemas más importantes relativos a las reclamaciones de pensiones con que solemos encontrarnos en la práctica, como la valoración del caudal y las necesidades para fijar la cuantía de la pensión, las persecuciones de los incumplimientos y de los retrasos en los pagos, el desvelamiento de las insolvencias simuladas y dolosas por parte del progenitor deudor, etc.

Ahora bien, ninguna solución es mejor que la capacidad de diálogo de los propios progenitores, que pueden llegar así a un entendimiento que permita garantizar el bienestar de sus hijos, lo que requiere de actitud negociadora y empatía con la otra parte; algo que asumimos que es ciertamente complicado, sobre todo, cuando se mezclan cuestiones tan complejas como el dinero y los sentimientos de personas que han compartido momentos tan importantes de sus vidas. Sin embargo, si los progenitores fueran capaces de acordar, entre ellos, los aspectos más imprescindibles relacionados con la patria potestad de los hijos, incluidas las pensiones alimenticias, se ahorrarían, sin duda, conflictos innecesarios y costosas batallas judiciales, alcanzando el fin último del derecho de familia, que no es otro que salvaguardar el interés más necesitado de protección.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2: *Artículos 142 al 180 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 2004.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de derecho civil*. 11ª Edición. Madrid: Edisofer, 2011.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*. 12ª edición. Barcelona: Edisofer, 2013.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a Mercedes, “Fijación del momento a partir del cual se puede solicitar la pensión de alimentos”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2014, pp. 734-740.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, núm. 7230, 2009.
- ÁLVAREZ MERINO, Julio, “Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC”, *Revista de derecho de familia*, núm. 11, septiembre de 2013.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, y CALZADILLA MEDINA, M.^a Aránzazu, “Artículo 9. Ley personal”, en Rosario Valpuesta Fernández, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, *et al.* (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I: *Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia; Libro I: De las personas; Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (artículos 1 a 608)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 104-123.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en María del Carmen Bayod y José Antonio Serrano (coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, 2014, pp. 119-201.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, “Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil”, en Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil*

y compilaciones forales, t. III, vol. 2: *Artículos 142 a 180 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario a los artículos 154 a 161, 164 a 168, 172 a 180, 184, 189, y disposiciones transitorias 9 y 10 de la Ley 11/1981”, en Manuel Amorós Guardiola *et. al.* (coords.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984.

BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid: Colex, 1998, pp. 51-54.

BONET CORREA, José, “Sentencias comentadas: La actualización de una pensión de alimentos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1978)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1980, pp. 186-193.

BUSTOS MORENO, Yolanda B., *El mantenimiento de la familia en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Dykinson, 2002.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; y CASTILLA BAREA, Margarita, “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. I. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 193-318.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “Alimentos a cargo de los abuelos por insolvencia de los padres”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 4, 2014, pp. 120-128.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “Pensión de alimentos a favor de los hijos y situación de desempleo del alimentante”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 1, 2014, pp. 66-74.

CALLIZO LÓPEZ, M.^a Ángeles, “Obligación legal de alimentos respecto de los hijos mayores de edad: Análisis del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 14, 2008, pp. 61-85.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “Comentarios a los artículos”, en Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2: *Artículos 142 a 180 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 2004.

- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “La obligación de alimentos en derecho internacional privado”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. I. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 319-426.
- CERDÀ SUBIRACHS, Joan, “Sociedad líquida y modificación de medidas”, *Revista Abogados de Familia AEAFA*, núm. 79, abril de 2016, pp. 7-18.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe estadístico periódico: Datos de nulidades, separaciones y divorcios (Datos desde 2007 hasta segundo trimestre de 2016)* [en línea], Sección de Estadística Judicial, 30/06/2016. En: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos-periodicos/Datos-de-Nulidades--Separaciones-y-Divorcios--Datos-desde-2007-hasta-segundo-trimestre-de-2016-> [Consulta: 05/12/2016].
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia* [en línea]. En: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ> [Consulta: 05/12/2016].
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11-45.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Las parejas no casadas”, en Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. 4. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 641-840.
- DE LOS MOZOS, José Luis, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, en Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2: *Artículos 1340 a 1410 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1984.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín, *Curso de derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*. 4ª Edición. Madrid, Colex, 2013.

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia”, *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014.
- DÍAZ ALABART, Silvia, “Los alimentos del deudor en el concurso”, en Matilde Cuenca Casas y José Luis Colina Mediavilla, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cizur Menor: Civitas, 2009, pp. 259-290.
- DÍEZ NÚÑEZ, José Javier, “Sistema tabular en la cuantificación de las pensiones alimenticias: un paso adelante” [en línea], *El Derecho*, 01/09/2013. En: http://www.elderecho.com/civil/sistema_tabularcuantificacion_de_las_pensiones_alimenticias-tablas_orientadoras_para_determinar_las_pensiones_alimenticias_11_11_588805002.html [Consulta: 23/11/2016].
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentarios a los artículos 1315 a 1324”, en Manuel Amorós Guardiola *et. al.* (coords.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II. Madrid: Tecnos, 1984.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia”, en Pedro Juan Viladrich Bataller (coord.), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: Bases conceptuales y criterios judiciales*. 2ª Edición. Pamplona: Publicaciones del Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de Navarra, 1989, pp. 37-44.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 2012.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, “Alimentos legales entre parientes y alimentos convencionales. Autonomía de la voluntad y modalidades de cumplimiento”, en Teresa Echevarría de Rada, María Rosario Martín Briceño y David Rafael Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*. Madrid: La Ley, 2013, pp. 71-102.
- EUROPA PRESS, “7 de cada 10 parados de larga duración mayores de 45 años tiene que reciclarse” [en línea], *Europa Press*, 22/06/2015. En: <http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-cada-10-parados-larga-duracion-mayores-45-anos-tiene-reciclarse-20150622122511.html> [Consulta: 23/10/2016].

- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Guarda, custodia y pensiones derivadas de los procedimientos matrimoniales en favor de los hijos”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014, pp. 21-28.
- FUNDACIÓN ADECCO, *VII Informe mayores de 45 años en el mundo laboral* [en línea]. Madrid: Fundación Adecco, 2015. En: http://www.fundacionadecco.es/_data/SalaPrensa/SalaPrensa/Pdf/708.pdf [Consulta: 23/10/2016].
- GARCÍA ORTEGA, Jesús, “El fondo de garantía de pensiones de alimentos”, en José Ramón de Verda y Beamonte (coord.), *Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 261-269.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Madrid: Civitas, 1995.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Crisis económica y derecho de familia: una visión jurisprudencial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 4, 2014, pp. 2-23.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa* [en línea], julio de 2016. En: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595 [Consulta: 29/09/2016].
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (dir.), *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. I. 5^a edición. Madrid: Dykinson, 2011.
- LÁZARO PALAU, Carmen María, “Delito de impago de pensiones. Una propuesta para la mejora de su tipificación”, *Diario La Ley*, núm. 7150, 2009.
- LÁZARO PALAU, Carmen María, *La pensión de alimentos de los hijos: Supuestos de separación y divorcio*. Cizur Menor: Thompson Aranzadi, 2008.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David, “El deber de alimentos como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 34, 2007, pp. 61-77.
- MARTÍN NÁJERA, M.^a Teresa, “Problemática en torno a la pensión alimenticia”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 61, 2013, pp. 25-58.

- MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*. Granada: Comares, col. “Derecho Privado”, 2008.
- MOYA MEDINA, Susana, “Sobre la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Abogados de Familia AEAFA*, núm. 77, noviembre de 2015, p. 4.
- MUNERA, Isabel, “‘El desempleo juvenil puede haber tocado fondo’, según la OIT” [en línea], *El Mundo*, 09/10/2015. En: <http://www.elmundo.es/economia/2015/10/09/56178b3ce2704e69528b4641.html> [Consulta: 23/10/2016].
- OECD, *OECD Skills Strategy: Informe de Diagnóstico Resumen. España, 2015* [en línea]. París: OECD Directorate for Education and Skills, 2015. En: https://www.oecd.org/skills/nationalskillsstrategies/Spain_DR_Executive_Summary_Espagnol.pdf [Consulta: 23/10/2016].
- PADIAL ALBÁS, Adoración, *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.
- PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio, “Convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del Código del Derecho Foral de Aragón”, en María del Carmen Bayod y José Antonio Serrano (coords.), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, 2014, pp. 353-362.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “Comentarios a los artículos 108 a 141”, en Manuel Amorós Guardiola *et. al.* (coords.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Procedimiento contencioso: Separación, divorcio y nulidad. Aspectos sustantivos*, vol. 1. 3ª Edición. Madrid: Lex Nova, 2013.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia*, vol. 3: *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Madrid: Lex Nova, 2009.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia*, vol. 4: *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Lex Nova, 2014.

- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; y PÉREZ RUFIÁN, Laura, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 57, 2012, pp. 25-46.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, tomo I: *África del norte y América latina*. Barcelona: Atelier, 2013.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*. Madrid: Dykinson, 2001.
- REYES GALLUR, Juan José, “El delito de impago de pensiones”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 1, octubre, 1998, pp. 37-50.
- ROCA I TRÍAS, Encarnación, “Comentario al artículo 90 del Código Civil”, en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentario al Código Civil*, vol. I. 2ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a Ángeles, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores, “La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador: cuestiones polémicas y soluciones”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 64, 2014, pp. 25-88.
- SARIEGO MORILLO, José Luis, “A propósito de las tablas de pensiones del CGPJ de 2013 sobre la reestructuración económica de las familias tras la separación y/o divorcio” [en línea], *Lex family: Actualidad en derecho de familia*, 2013, pp. 1-17. En: <http://www.lexfamily.eu/wp-content/uploads/2014/12/A-prop%C3%B3sito-de-las-tablas-de-pensiones.pdf> [Consulta: 29/10/2014].
- TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de “alimentos” a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Doctrina y jurisprudencia*. Cizur Menor: Thompson Aranzadi, 2015.
- TORRERO MUÑOZ, Magdalena, *Las crisis familiares en la jurisprudencia: Criterios para una mediación familiar*. Valencia: Editorial Práctica del Derecho, 1999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Régimen económico del matrimonio: Ley 11/1981 de 13 de mayo*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

YANKE, Rebeca, “Sube ligeramente la cifra de españoles que vive en el umbral de la pobreza” [en línea], *El Mundo*, 26/05/2015. En: <http://www.elmundo.es/espana/2015/05/26/55643f98ca4741c4698b457a.html> [Consulta: 22/10/2016].

13. ABREVIATURAS

A continuación, ofrecemos un listado de las abreviaturas empleadas en este trabajo:

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOM	Bulletin Officiel du Maroc
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCC	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Consejo Europeo
<i>cfr.</i>	<i>confer</i> , consúltese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
disp.	disposición
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EDL	El Derecho Legislación
EDO	El Derecho Ordenamiento
<i>id.</i>	<i>idem</i>
IPC	Índice de Precios de Consumo

IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
JORA	Journal Officiel de la République Algérienne
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
núm.	número
p.	página
Rc.	Recurso de casación
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
t.	tomo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> , verbigracia
<i>vid.</i>	<i>vide</i> , véase
vol.	volumen

14. ANEXOS

DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA (Joaquín Bayo Delgado, 2016)	Divorcio, separación y nulidad matrimonial	Responsabilidad parental		Obligaciones alimenticias (y pensiones compensatorias)	Regímenes económico-matrimoniales	Parejas estables		
		En general	Sustracción de menores			Existencia	Alimentos entre exconvivientes	Efectos patrimoniales
Jurisdicción (competencia internacional)	Reglamento CE/2201/2003 (Bruselas II bis) (1) [vigor 1/3/2005]	Bruselas II bis (1) [vigor 1/3/2005]	Arts. 10 y 11 Bruselas II bis (1) Disp. Final 22.7 LEC	Reglamento CE/4/2009 [vigor 18/6/2011] (5)	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/2016	Arts. 22 bis y ter LOPJ	Reglamento CE/4/2009 (5)	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/2016
	Subsidiariamente, art. 22 quáter.c LOPJ	Convenio de La Haya 19/10/1996 [vigor 1/1/2011]	Convenio de La Haya 19/10/1996	Arts. 10.3 y 18 Convenio de La Haya 1/8/2014] (3)	Art. 22 quáter.c LOPJ		Arts. 10.3 y 18 Convenio de La Haya 2007	Arts. 22 bis y ter LOPJ
Ley aplicable	Reglamento UE/1259/2010 (2) [vigor 21/6/2012] (art. 107.2 CC)	Bruselas II bis (1) (art. 20. med. prov.)	(-16 años) Art. 10 Convenio de La Haya 25/10/1980 [vigor 1/9/1987]	Art. 7 Convenio de La Haya 1973 (de reconocimiento) y art. 5.2 Convenio de Lugano	Inmuebles: competencia exclusiva arts. 22.a LOPJ y 24.1 Reglamento 1215/2012		Subsidiariamente, art. 22 quáter.f LOPJ	Inmuebles: competencia exclusiva arts. 22.a LOPJ y 24.1 Reglamento 1215/2012
	Nulidad: Art. 107.1 CC	Convenio de La Haya 19/10/1996 [vigor 1/1/2011] (arts. 9.4 y 9.6 CC)	Bruselas II bis (1) (art. 20. med. prov.)	Protocolo de La Haya 23/11/2007 (4) (por remisión arts. 15 Reglamento 4/2009 y 9.7 CC) [vigor 18/6/2011]	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/16	Derecho CCAA	Protocolo de La Haya 23/11/2007 (4) (por remisión arts. 15 Reglamento 4/2009 y 9.7 CC) [vigor 18/6/2011]	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/2016

El procedimiento (para sustracción intra-UE o convenio) está regulado en los artículos 779 quáter, 779 quíntos y 779 sexies LEC. (1) Salvo en Dinamarca. (2) Solo en los Estados miembros participantes. (3) Albania, Bosnia-Herzegovina, Noruega, Ucrania, Montenegro y Unión Europea (desde 1/8/2014), salvo Dinamarca. (4) Serbia y toda la UE excepto Dinamarca y Reino Unido. (5) También Dinamarca y Reino Unido. Nota sobre cooperación: Además, el cap. IV Bruselas II bis y el cap. V La Haya 1996, para responsabilidad parental, y el cap. VII Reglamento 4/2009 y los caps. II y III Convenio La Haya 2007, para alimentos, prevén cooperación entre autoridades.

DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA II (Joaquín Bayo Delgado, 2016)	Divorcio, separación y nulidad matrimonial	Responsabilidad parental		Obligaciones alimenticias (y pensiones compensatorias)	Regímenes económico-matrimoniales	Parejas estables		
		En general	Sustracción de menores			Existencia	Alimentos entre exconvivientes	Efectos patrimoniales
Régimen para resoluciones de los Estados miembros de la Unión Europea	Bruselas II bis (I) Aplicable en estos aspectos a decisiones desde 1/3/2001	Bruselas II bis (I) [vigor 1/3/2005] Aplicable a hijos matrimoniales desde 1/3/2001	Bruselas II bis (1) Disp. final 22 LEC	Reglamento CE/4/2009 (2) Aplicable también a resoluciones anteriores en el ámbito del Reglamento 44/2001 (art. 75.2.b)	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/2016	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Reglamento. CE/4/2009 (2) Aplicable también a resoluciones anteriores ámbito del Reglamento.44/2001 (art. 75.2.b)	Decisión (UE) 2016/954 del Consejo 9/6/2016
	Disp. final 22 LEC Subsidiariamente, arts. 52-55 LCJIMC	Disp. final 22 LEC Subsidiariamente, arts. 52-55 LCJIMC	Convenio de La Haya 19/10/1996 (-16 años) Convenio de La Haya 25/10/1980	Reglamento 44/2001 (art. 75.2.b) Subsidiariamente, arts. 52-55 LCJIMC	Arts. 11 y 12 LJV y 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Reglamento.44/2001 (art. 75.2.b) Subsidiariamente, arts. 52-55 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC
Régimen convencional multilateral	(Sin convenios)	Convenio de La Haya 19/10/1996 [vigor 1/1/2011] Subsidiariamente, arts. 52-55 LCJIMC	Convenio de La Haya 19/10/1996 (-16 años) Convenio de La Haya 25/10/1980 (CdE) Luxemburgo 20/5/1980 (4)	Convenio de La Haya 23/11/2007 (3) Convenio de La Haya (de reconocimiento) 2/10/1973 Convenio de Lugano 2007 y Convenio de Nueva York 20/6/1956	(Sin convenios)	(Sin convenios)	Convenio de La Haya 23/11/2007 (3) Convenio de La Haya 2/10/1973 Convenio de Nueva York 20/6/1956	(Sin convenios)
Régimen sin convenio	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC	Arts. 11 y 12 y disp. ad. 3.ª LJV y arts. 44-59 LCJIMC

La competencia es siempre española para la ejecución en España: art. 22.e LOPJ (i 24.1 Reglamento 1215/2012). Téngase en cuenta también el Reglamento (UE) 606/2013 de 12/6/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil [vigor 11/1/2015]. (1) Salvo Dinamarca. (2) También Dinamarca y Reino Unido. (3) Albania, Bosnia-Herzegovina, Noruega, Ucrania y todos los países de la Unión Europea (desde 1/8/2014), salvo Dinamarca. (4) Téngase en cuenta el Convenio de 30/5/1997 con Marruecos.

15. ABSTRACT

This doctoral thesis aims to carry out a detailed study of the current regulation of child support in our Civil Code, from the perspective of the different problems faced by legal professionals in family procedures. In order to carry out this work, we have not only considered the opinion of the most relevant authors in the matter, but also made an enormous effort to study comprehensively the existing jurisprudence on the subject, mentioning the sentences by all of our civil courts of provincial hearings and some courts (which constitute the so-called minor jurisprudence), as well as the Supreme Court's most representative judgments on alimony.

Throughout this study, a systematic and in-depth analysis is made of all the elements that may have an impact on court proceedings concerning child support, trying to find points in common for the most controversial issues that arise between parents, in order to determine the maintenance of their children, with the aim, on the one hand, of reducing existing litigation and, on the other, to avoid continuous breaches of judicial decisions on pensions.

To do this, by way of introduction, we have carried out a study of the legal nature of the concept of children's alimony, explaining the essential elements of food provision and placing them in relation to different doctrinal and jurisprudential opinions.

Once the food provision has been analyzed in a generic way, we have focused on the concrete study of the child support, distinguishing the content of the same depending on whether they are minors or adults and, in the case of the latter, those who continue to live in the family home because they are in a situation of economic dependence.

Given the conceptual issues, we have gone into its legal framework, making a study of the treatment that make the main regional legislation, such as those of Catalonia, Aragon, Navarre, Basque Country and Valencian Community, tracing not only their differences with respect to the state law, but also trying to point out those novelties or peculiarities specific to the autonomous rights that could be introduced in

the state law as legislative solutions to the problems that arise daily in courts and tribunals regarding alimony.

In this same section, we have listed the procedural regulations that affect the processing of child custody procedures, with special attention to the issues of jurisdiction, both nationally and internationally.

Within the scope of foreign law, we made a brief incursion into alimony regulation, focusing our study on two legislations as disparate as influential in Spanish territory because of the huge migratory flow of citizens of these states to Spain: the legislation of countries of North Africa (Moroccan and Algerian laws) the right of South American countries, in particular, the laws of Argentina, Bolivia and Ecuador, as their maximum exponents.

One of the most important issues developed throughout this thesis is doctrinal and jurisprudential study of the content of the alimony, not only the legal requirements for its birth but also the multiple casuistry it can present, to determine the expenses that are part of it. Especially relevant is differentiating them from other figures on related occasions, such as the expenses of the partnership, family expenses, marriage and other expenses that, even if they are food-related, are considered by our courts and tribunals as extraordinary, being excluded from the calculation of the alimony.

The study of the different forms of payment of the pension is one of the sections in which doctrine and jurisprudence show greater unanimity, defending, in most cases, as a normal form of compliance, the direct payment of the pension by the non-custodial parent to the one who exercises custody, which does not preclude alternative forms of payment being allowed on other occasions. However, neither the legislature nor the doctrine has managed to provide any solution to homogenize the amount to be paid depending on the family situation. Not even the system of tables created by the General Council of the Judiciary –deeply analyzed in this work– nor the mixed systems of payment have been effective to ensure that, in similar situations, identical alimony pensions will be fixed.

Of particular relevance is the analysis of the necessary requirements and different assumptions that may appear, upon the request, by any of the parents, of the modification, extinction or suspension of the content of the alimony judicially fixed, and the consequences that may result from it.

Although in several sections of this paper we have talked about the effects, the necessity and the importance of the children's food supply, the importance of the matter as a prelude to the conclusions of the work obliges us to treat, as the last chapter, the consequences of total or partial non-payment of child support. This issue requires special attention because it constitutes, directly or indirectly, the most important source of litigation in the field of family law. The analysis of the various remedies, both judicial and extrajudicial, has been dealt with, which is proposed by our order to reduce non-compliance with the payment of pensions, which are aimed at reducing disputes over maintenance payments.

In the conclusions section, we have not only tried to synthesize the most important issues of our work, but we have also suggested some practical solutions to the multiple problems that appear in relation to alimony claims in family lawsuits. For these solutions to be effective, some legislative changes would be necessary, as we have shown throughout this work; on other occasions it would be sufficient to transfer to the state sphere some of the solutions proposed by the autonomous norms (such as the Catalan code, Aragon law, Basque law, etc.) or to apply with greater determination the solutions already provided for in our legal system.

16. RESUMEN

La presente tesis doctoral tiene como objetivo realizar un estudio pormenorizado de la actual regulación de la pensión alimenticia de los hijos en nuestro Código Civil, desde la perspectiva de los diferentes problemas que tienen que afrontar diariamente los profesionales del derecho en los procedimientos de familia. Para realizar este trabajo no solo se ha tenido en cuenta la opinión de los autores más relevantes en este ámbito, sino que también hemos realizado un enorme esfuerzo por estudiar exhaustivamente la jurisprudencia existente sobre la materia, mencionado en mayor o menor medida sentencias de todas las salas civiles de las audiencias provinciales y de algunos tribunales de justicia –que constituyen la llamada jurisprudencia menor–, así como las sentencias más representativas del Tribunal Supremo en materia de alimentos.

A lo largo de este estudio, se hace un análisis sistemático y en profundidad de todos los elementos que pueden tener incidencia en los procedimientos judiciales que versan sobre la pensión alimenticia, tratando de buscar puntos de encuentro para las cuestiones más controvertidas que se plantean entre los progenitores a la hora de fijar las pensiones de los hijos; con el objetivo, por una parte, de reducir la litigiosidad existente y, por otra, de evitar los continuos incumplimientos de las resoluciones judiciales que establecen las pensiones.

Para ello, a modo de introducción, hemos realizado un estudio de la naturaleza jurídica del concepto de alimentos de los hijos, explicando los elementos esenciales de la prestación alimenticia y poniéndolos en relación con las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

Una vez analizada la prestación alimenticia de forma genérica, nos hemos centrado en el estudio concreto de la pensión de alimentos de los hijos, distinguiendo el contenido de la misma según sean estos menores o mayores de edad y, en el caso de los últimos, la de aquellos que siguen viviendo en el domicilio familiar por encontrarse en situación de dependencia económica.

Vistas las cuestiones conceptuales, nos hemos adentrado en su marco jurídico haciendo un estudio del tratamiento que dan a la materia las principales legislaciones autonómicas, como las de Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Comunidad

Valenciana, rastreando no solo sus diferencias respecto del derecho estatal, sino también intentando señalar aquellas novedades o peculiaridades propias de los derechos autonómicos que podrían ser introducidas en el derecho estatal como soluciones legislativas a los problemas que se plantean a diario en juzgados y tribunales en torno a la pensión alimenticia.

En este mismo apartado hemos enumerado la normativa procesal que afecta a la tramitación de los procedimientos que versan sobre alimentos de los hijos, prestando especial atención a las cuestiones competenciales, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Dentro del ámbito del derecho extranjero, realizamos una breve incursión en la regulación en materia de alimentos de dos legislaciones tan dispares como influyentes en el territorio español en virtud del enorme flujo migratorio de ciudadanos de estos estados a España: la legislación de dos países del norte de África –Marruecos y Argelia– y el derecho de países sudamericanos, en particular las legislaciones de Argentina, Bolivia y Ecuador, como sus máximos exponentes.

Una de las cuestiones de mayor importancia desarrolladas a lo largo de esta tesis ha sido el estudio doctrinal y jurisprudencial del contenido de la pensión de alimentos, no solo de los requisitos legales para su nacimiento sino también de la múltiple casuística que puede presentar, con el fin de determinar los gastos que forman parte de la misma. Especialmente relevante resulta diferenciar los alimentos de otras figuras en ocasiones afines, como los gastos de la sociedad de gananciales, las cargas familiares, del matrimonio y otros gastos que, aun teniendo naturaleza alimenticia, son considerados por nuestros juzgados y tribunales como extraordinarios y que, en principio, se excluyen del cómputo de la pensión.

El estudio de las diferentes formas de pago de la pensión constituye uno de los apartados en que doctrina y jurisprudencia muestran mayor unanimidad, defendiéndose, en la mayor parte de los supuestos, como fórmula habitual de cumplimiento, el pago directo de la pensión por parte del progenitor no custodio a aquel que ejerce la guarda y custodia, lo que no excluye que, en otras ocasiones, se permitan formas de pago alternativas. Sin embargo, ni el legislador ni la doctrina han conseguido aportar ninguna solución para homogeneizar la cuantía que debe pagarse en función de la situación familiar que se plantee. Ni siquiera el sistema de tablas creado por el Consejo General del Poder Judicial –profundamente analizado en este trabajo– ni los sistemas mixtos de

pago han resultado eficaces para conseguir que, en situaciones similares, se fijen idénticas pensiones alimenticias.

Especial relevancia tiene, sin duda, el análisis de los requisitos necesarios y de los diferentes supuestos que pueden plantearse ante la solicitud, por parte de cualquiera de los progenitores, de la modificación, extinción o suspensión del contenido de la pensión alimenticia fijada judicialmente, y de las consecuencias que pueden derivarse de ello.

Aunque en varios apartados de este trabajo se ha hablado de los efectos, la necesidad y la trascendencia de la prestación de alimentos de los hijos, la importancia de la materia como antesala a las conclusiones del trabajo nos obliga a tratar, como último capítulo, las consecuencias del incumplimiento total o parcial en el pago de la pensión alimenticia. Esta cuestión requiere especial atención al constituir, directa o indirectamente, la fuente más importante de litigiosidad en el ámbito del derecho de familia. Se ha abordado también el análisis de las diversas soluciones, tanto judiciales como extrajudiciales, que propone nuestro ordenamiento para evitar el incumplimiento en el pago de las pensiones y que persiguen, por ende, la disminución de las controversias relativas a las pensiones alimenticias.

En el apartado de las conclusiones, no solo hemos pretendido sintetizar las cuestiones más importantes de nuestro trabajo sino que, además, hemos sugerido una serie de soluciones prácticas a los múltiples problemas que surgen en torno a las reclamaciones alimenticias en los pleitos de familia. Para que estas soluciones fuesen efectivas, serían necesarios algunos cambios legislativos, tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo; en otras ocasiones bastaría con trasladar al ámbito estatal alguna de las soluciones propuestas por las normas autonómicas (como el código catalán, la ley aragonesa, la ley vasca, etc.), o con aplicar con mayor determinación las soluciones ya previstas en nuestro ordenamiento.

